

**Die ärztliche Formularaufklärung
im Lichte des Gesetzes
zur Regelung der Allgemeinen
Geschäftsbedingungen**

Jörg Pfof



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547928_0016

Die ärztliche Formularaufklärung im Lichte
des Gesetzes zur Regelung der Allgemeinen
Geschäftsbedingungen

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Jörg Pfof

1986

Referent: Professor Dr. Schlosser
Korreferent: Professor Dr. Medicus
Tag der mündlichen Prüfung: 24. Juli 1986

Meinem Vater und meiner Mutter

I n n a l t

A Einleitung

1. Die Krankheitssituation in der BRD.....	1
2. Zunahme der Arzthaftungsprozesse.....	1
3. Schwerpunktverlagerung in der Prozeßführung.....	2

B Allgemeine Grundlagen zum Vorverständnis

1. Notwendigkeit ärztlicher Aufklärung	3
1.1. Historischer Rückblick	3
1.2. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Rechtsgrund der Aufklärungspflicht.....	4
1.3. Abhängigkeitsverhältnis zwischen Einwilligung und Aufklärung	6
2. Selbstbestimmungsaufklärung	7
2.1. "Informed Consent" und "Informed Refusal".....	7
2.2. Drei Arten der Selbstbestimmungsaufklärung.....	9
3. Umfang der Aufklärungspflicht	10
3.1. Dringlichkeit des Eingriffs und Komplikations- dichte als grundsätzliche Bemessungsfaktoren.....	10
3.2. Kriterium der Komplikationsdichte.....	11
4. Folgen der Verletzung ärztlicher Aufklärungspflicht..	13
4.1. Überblick.....	13
4.2. Vertragliche Haftung.....	13
4.2.1. Rechtslage beim Privatpatienten.....	13
4.2.1.1. Einfacher Behandlungsvertrag.....	13
4.2.1.2. Der totale Krankenhausaufnahmevertrag.....	14
4.2.1.3. Der totale Krankenhausvertrag mit Arzt- zusatzvertrag.....	15

4.2.1.4. Der gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag.....	16
4.2.1.5. Der Krankenhausaufnahmevertrag mit gesondert zu liquidierenden Arztleistungen als Wahlleistung gem. § 6 Satz 4 BPflV.....	16
4.2.2. Rechtslage beim Kassenpatienten.....	18
4.3. Deliktsrechtliche Haftung	18
4.4. Strafrechtliche Konsequenzen.....	19
5. Die Beweisführungslast im Arzthaftungsprozeß.....	20
5.1. Beweisführungslast beim Vorwurf eines Behandlungsfehlers.....	20
5.2. Beweisführungslast bei der Rüge der Aufklärungspflichtverletzung.....	20
6. Bedeutung ärztlicher Aufklärungsformulare.....	21
7. Arten der Aufklärungsformulare.....	23
7.1. Überblick.....	23
7.2. Gruppe I der ärztlichen Aufklärungsformulare.....	25
7.2.1. Muster eines Aufklärungsformulars der Gruppe I...	25
7.2.2. Beweiswert der Aufklärungsformulare der Gruppe I	26
7.3. Gruppe II der Aufklärungsformulare.....	27
7.3.1. Muster eines Aufklärungsformulars der II. Gruppe	27
7.3.2. Rechtswirksamkeit der Aufklärungsformulare der Gruppe II.....	31
7.4. Gruppe II der Aufklärungsformulare.....	33
7.4.1. Muster eines Aufklärungsformulars der III. Gruppe.....	33
7.4.2. Unterschied zu den Aufklärungsformularen der Gruppe I und II.....	37
7.5. Gruppe IV der Aufklärungsformulare.....	37

C	Überprüfung der Wirksamkeit ärztlicher Aufklärungsformulare anhand des AGB-Gesetzes	
1.	Ärztliche Aufklärungsformulare als Allgemeine Geschäftsbedingungen.....	38
1.1.	Definition Allgemeiner Geschäftsbedingungen.....	38
1.2.	Die Formulareinwilligung als "Vertragsbedingung"...	38
1.2.1.	Begriffsbestimmungsrecht.....	38
1.2.2.	Meinungsstand.....	39
1.2.3.	Stellungnahme.....	41
1.3.	Analoge Anwendung des AGBG.....	43
1.3.1.	Meinungsstand.....	43
1.3.2.	Stellungnahme.....	44
1.3.2.1.	Voraussetzungen einer Analogie.....	44
1.3.2.2.	Das gesetzgeberische Anliegen des AGBG.....	45
1.3.2.2.1.	Der Mißbrauchsgedanke.....	45
1.3.2.2.2.	Ablehnung des Mißbrauchsgedankens als ausschließliches gesetzgeberisches Regelungsanliegen.....	46
1.3.2.2.3.	Der Gesichtspunkt der Schutzwürdigkeit.....	47
1.3.3.	Zwischenergebnis.....	50
1.4.	Der Begriff des "Stellens".....	50
1.5.	Begriff des "Verwenders" und des "anderen Teils"...	52
1.5.1.	Der "Verwender".....	53
1.5.1.1.	Definition.....	53
1.5.1.2.	Die Person des "Verwenders" im Rahmen der verschiedenen Behandlungsvertragstypen.....	55
1.5.1.2.1.	Rechtslage beim Privatpatienten.....	55
1.5.1.2.1.1.	"Einfacher" Behandlungsvertrag.....	55
1.5.1.2.1.2.	Totaler Krankenhausaufnahmevertrag.....	55
1.5.1.2.1.3.	Der totale Krankenhausvertrag mit Arzt-zusatzvertrag.....	56
1.5.1.2.1.4.	Der gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag..	56
1.5.1.2.1.5.	Krankenhausaufnahmevertrag mit gesondert zu liquidierenden Arztleistungen als Wahlleistung gem. § 6 Satz 4 BPflV.....	57

1.5.1.2.2. Rechtslage beim Kassenpatienten.....	57
1.5.1.2.2.1. Darstellung der bestehenden Rechtsbeziehungen.....	57
1.5.1.2.2.2. Zusammenfassendes Schaubild über die bestehenden Rechtsbeziehungen.....	60
1.5.1.2.2.3. Totaler Krankenhausaufnahmevertrag.....	61
1.5.1.2.2.4. Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag und gespaltener Krankenhausaufnahmevertrag..	62
1.5.1.2.2.5. Die Person des "Verwenders" im Kassenarzt-Kassenpatient-Verhältnis.....	62
1.5.1.2.2.5.1. Rechtsnatur der, zwischen Kassenarzt und Kassenpatient bestehenden Beziehungen nach herrschender Meinung.....	62
1.5.1.2.2.5.2. Stellungnahme.....	63
1.5.1.2.2.5.3. Lösungsvorschlag.....	66
1.5.1.2.2.6. Zwischenergebnis.....	66
1.5.2. "Die andere Vertragspartei".....	69
1.5.2.1. Definition.....	69
1.5.2.2. Rechtslage beim Privatpatienten.....	69
1.5.2.3. Rechtslage beim Kassenpatienten.....	69
1.5.2.3.1. Totaler Krankenhausaufnahmevertrag.....	70
1.5.2.3.2. Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag und gespaltener Krankenhausaufnahmevertrag.....	70
1.5.2.3.3. Kritische Würdigung.....	71
2. Einbeziehung in den Vertrag.....	71
2.1. Zeitpunkt der Einbeziehung nach § 2 AGBG.....	71
2.2. Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung in der Praxis...	72
2.3. Der Zeitpunkt ärztlicher Aufklärung in der Praxis und § 2 AGBG.....	73
2.3.1. Problemдарstellung.....	73
2.3.2. Gesetzgeberischer Zweck der Einbeziehungs Voraussetzungen des § 2 AGBG.....	74
2.3.3. Teleologische Auslegung der Einbeziehungs Voraussetzungen des § 2 AGBG.....	74

2.3.4. Zwischenergebnis.....	76
2.4. Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunkts der Vor- lage ärztlicher Aufklärungsformulare.....	76
2.4.1. Problemstellung.....	76
2.4.2. Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung....	77
2.4.3. Stellungnahme und Lösungsvorschlag.....	79
 3. Zulässigkeit einer Inhaltskontrolle ärztlicher Auf- klärungsformulare.....	82
3.1. Meinungsstand.....	82
3.2. Gesetzliche Regelung der ärztlichen Aufklärungs- pflicht.....	82
3.2.1. Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Re- gelung.....	82
3.2.2. Regelungsanliegen des § 8 AGBG.....	83
3.2.2.1. Notwendigkeit formell-rechtlicher Normen.....	83
3.2.2.2. Kritik.....	84
3.2.2.3. Abweichen von vertragstypisch-spezifischen Gerechtigkeitserwartungen.....	85
3.2.3. Ärztliche Aufklärungsformulare als "ergänzende Regelungen".....	86
3.3. Kontrollbereich des § 8 AGBG.....	87
3.4. Einordnung der ärztlichen Aufklärungspflicht in das Pflichtenmodell des BGB.....	88
3.4.1. Meinungsstand.....	88
3.4.2. Stellungnahme.....	92
3.5. Beweislastumkehr als weitergehender Zweck ärzt- licher Aufklärungsformulare.....	95
3.6. Ärztliche Aufklärungsformulare und § 11 Nr. 15 b AGBG.....	96
3.6.1. Regelungsinhalt des § 11 Nr. 15 b AGBG.....	96
3.6.2. Ärztliche Aufklärungsformulare als Beweislast- änderung oder als Beweisanzeichen?.....	98
3.7. Ärztliche Aufklärungsformulare und § 4 AGBG.....	100
3.7.1. Problemdarstellung.....	100
3.7.2. Verhältnis Formularaufklärung - mündliches Aufklärungsgespräch.....	102

4. Die Arzneimittelaufklärung.....	104
4.1. Arzneimittelverabreichung als Körperverletzung.....	104
4.2. Abweichungen vom Umfang der allgemeinen Aufklärungs- pflicht.....	106
4.3. Verweisungsmöglichkeit des Arztes auf die Arznei- mittelpackungsbeilage.....	108
4.4. Wirksamkeit einer Verweisung auf die Packungsbei- lage.....	109
4.4.1. Analoge Anwendung des AGBG.....	109
4.4.2. Person des "Verwenders" und der "anderen Ver- tragspartei".....	110
4.4.3. Die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 2 AGBG....	110
 D Zusammenfassung zur Überprüfung der Wirksamkeit ärzt- licher Aufklärungsformulare anhand des AGB-Gesetzes	
1. Analoge Anwendung des AGBG auf ärztliche Aufklä- rungsformulare.....	113
2. Einbeziehungsvoraussetzungen in den Vertrag.....	114
3. Zulässigkeit einer Inhaltskontrolle ärztlicher Aufklärungsformulare.....	114
4. Arzneimittelaufklärung.....	115
 E Resumee.....	116

VII

Abkürzungsverzeichnis

d.A.	anderer Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AMG	Arzneimittelgesetz
Anm.	Anmerkung
AT	Allgemeiner Teil
BB	Der Betriebs-Berater
Bd	Band
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Strafsachen
BGHZ	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen
BMJ	Bundesminister (ium) der Justiz
BPflV	Bundespflegesatzverordnung
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DÄBL	Deutsches Ärzteblatt
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
Deut.Med.Wschr	Deutsche Medizinische Wochenschrift
DNotz	Deutsche Notarzeitschrift
DRiZ	Deutsche Richterzeitung

VIII

ff	folgende
FN	Fußnote
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
i.S.d.	im Sinne des/der
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JrS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristische Zeitung
KastG	Kastrationsgesetz
LG	Landgericht
LWT	Löwe, W./Graf v. Westphalen, F./Trinkner, R.: Kommentar zum Gesetz zur Regelung der Allge- meinen Geschäftsbedingungen, 1977
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Med.Klinik	Medizinische Klinik
Münch.Med.Wschr.	Münchener Medizinische Wochenschrift
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
m.w.Nachw.d.Rspr.	mit weiteren Nachweisen der Rechtssprechung
m.z.Nachw.	mit zahlreichen Nachweisen
Nachw.	Nachweise

IX

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
Reg.E.	Regierungsentwurf
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtssprechung
RVO	Reichsversicherungsordnung
Rz.	Randziffer/Randzeichen
S.	Seite
SCWG	Schlosser, P./Coester-Waltjen, D./Graba, H.-V.: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1977
StGB	Strafgesetzbuch
UBH	Ulmer, P./Brandner, H.-E./Hensen, H.-D.: AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der All- gemeinen Geschäftsbedingungen, 1978
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
WHL	Wolf, M./Horn, N./Lindacher, W.: AGB-Gesetz Kommentar, 1984
WM	Wertpapiermitteilungen
z.B.	zum Beispiel
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

A Einleitung

1. Die Krankheitssituation in der BRD

Die Untersuchung und Behandlung des Patienten durch den Arzt in der Praxis oder im Krankenhaus ist eine Massenerscheinung. Durch die ärztliche Behandlung werden die wertvollsten Rechtsgüter des Menschen -Leben und Gesundheit- tangiert. Eine genaue Statistik über die Häufigkeit jährlicher Arzt-Patienten-Kontakte existiert nicht, da eine generelle Meldepflicht nicht besteht.

Die enorme Bedeutung des zwischen Arzt und Patienten bestehenden Verhältnisses läßt sich jedoch an der Häufigkeit stationärer Behandlung eines Patienten in einem Krankenhaus ableiten. Nach dem statistischen Jahrbuch 1983 für die BRD werden in der BRD jährlich etwa 11,5 Millionen Patienten stationär behandelt (1).

2. Zunahme der Arzthaftungsprozesse

In den letzten Jahren ist in der BRD die Zahl wie auch die Höhe der gegen Ärzte geltend gemachten Ansprüche erheblich gestiegen (2). Die Ursache hierfür zu untersuchen, ist nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit. Laut Kuhnert (3) hat eine Auskunft beim Prä-

1) Statistisches Jahrbuch 1983 für die BRD, S.388, "Zur Krankheitsbewegung"

2) Deutsch/Geiger, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981, S. 1072; Laufs, Grundlagen des Arztrechts, in Festschrift für Weitnauer, S. 363 (369)

3) Kuhnert, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, S.2 Anm. 4

sidenten des BGH ergeben, daß dort im Jahre 1980 dreißig zivilrechtliche Arzthaftungsprozesse anhängig waren; beim 3. Zivilsenat des OLG Hamm waren im Jahre 1980 72, im Jahre 1981 85 Arzthaftungsprozesse anhängig.

Bei diesen Angaben ist jedoch zu berücksichtigen, daß lediglich etwa 10% aller geltend gemachten Haftpflichtansprüche vor die Gerichte kommen (4). Nach Künnell (5) werden in der BRD jährlich etwa 6000 Haftpflichtansprüche erhoben.

3. Schwerpunktverlagerung in der Prozessführung

Neben der Zunahme der Arzthaftungsprozesse ist auch ein Wandel in der Prozeßführung zu bemerken (6). Im Vordergrund steht nicht mehr der Vorwurf eines Behandlungsfehlers des Arztes, sondern die Rüge einer Verletzung ärztlicher Aufklärungspflicht.

Diese Schwerpunktverlagerung ist verständlich, wenn man die geltenden Beweislastgrundsätze berücksichtigt. Der Patient, der seinen Anspruch auf einen ärztlichen Behandlungsfehler gründet, muß das Vorliegen des Behandlungsfehlers, dessen Ursächlichkeit für den eingetretenen Schaden sowie das Verschulden des Arztes beweisen.

-
- 4) Weyer, Gutachten für den 52. Deutschen Juristentag Wiesbaden 1978, S. 38 f.
 - 5) Künnell, Die Ersatzansprüche beim Vorliegen eines ärztlichen Kunstfehlers, VersR 1980, 502 (503)
 - 6) Giesen, Grundzüge der zivilrechtlichen Arzthaftung, Jura 1981, 10 ff. (20); Baumann, Arzthaftung und Versicherung, JZ 1983, 169

sen (7). Wird hingegen die Rüge verletzter Aufklärungspflicht erhoben, so trägt demgegenüber -wie unter B 6. im einzelnen noch näher dargestellt wird- der Arzt die Beweislast dafür, daß er seiner Aufklärungspflicht genügt hat (8).

Diese Beweislastverteilung hat dazu geführt, daß die Patienten aus Gründen der Prozeßtaktik primär eine Aufklärungspflichtverletzung zu rügen suchen. Vor diesem Hintergrund wird die Bedeutung ärztlicher Aufklärungsformulare deutlich.

B Allgemeine Grundlagen zum Verständnis

1. Notwendigkeit ärztlicher Aufklärung

1.1. Historischer Rückblick

Über die Notwendigkeit ärztlicher Aufklärung bestand lange Zeit Uneinigkeit. Mit nachfolgendem Lehrsatz gab Hippokrates den Ärzten den Ratschlag, den Kranken gar nicht aufzuklären: "Von dem, was eintreten wird und dem Kranken droht, lasse man sich nichts anmerken. Denn schon viele sind dadurch -ich meine durch vorerwähnte Voraussage der drohenden Zukunft und des drohenden Ge-

7) BGH NJW 1978, 1681 (1682); BGH VersR 1981, 730 (732); OLG Koblenz VersR 1981, 689; LG Frankfurt VersR 1981, 1040; Giesen, Grundzüge der zivilrechtlichen Arzthaftung, Jura 1981, 10 ff. (19); Deutsch/Geiger, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981, S. 1074

8) Giesen, Grundzüge der zivilrechtlichen Arzthaftung, Jura 1981, 10 ff. (20) m.w.Nachw.d.Rspr.

schickes- zum Äußersten getrieben worden" (9).

Auch das Reichsgericht verneinte in seinem Urteil von 1912 (10) eine Verpflichtung des Arztes, den Patienten auf alle nachteiligen Folgen der geplanten Behandlung aufmerksam zu machen. Denn nach Auffassung des Reichsgerichts könne der Patient durch eine solche Aufklärung abgeschreckt werden, sich einer medizinisch indizierten und lebenserhaltenden Behandlung zu unterziehen.

Auch heute noch werden teilweise Überlegungen dahingehend angestrengt, ob nicht eine ärztliche Aufklärung den Patienten dazu verleitet, einen bereits gefaßten Entschluß zu widerrufen (11).

1.2. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Rechtsgrund der Aufklärungspflicht.

Zwischen Medizinern und Juristen ist indes nunmehr allgemein anerkannt, daß auch der Patient das volle Selbstbestimmungsrecht über seine leibliche und seelische Integrität hat, es also ihm überlassen bleiben muß, ob ein Eingriff in den natürlichen Krankheitsverlauf erfolgen soll oder nicht (12).

Rechtlich wie ethisch ergibt sich die ärztliche Aufklärungspflicht aus dem verfassungsrechtlich in Art. 1 und Art. 2 GG verankerten Selbstbestimmungsrecht des Menschen (13). Dieses

9) Hippokrates, Bd. 1, S. 38

10)RGZ 78, 432 (433/434)

11) Deutsch, Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes, VersR 1981, 293 ff. (295)

12)Vgl. nur Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983 S.7

13)BVerfG NJW 1979, 1925 (1929)

unverzichtbare Selbstbestimmungsrecht des Patienten über seinen Körper ist auch gegenüber dem Arzt in keiner Weise eingeschränkt und erfordert, daß auch der Patient seine Einwilligung in einen Eingriff davon abhängig machen kann, daß er in jeder Hinsicht über Wesen, Folgen und Risiken des Eingriffs vollständig aufgeklärt worden ist (14).

Dennoch hat die ärztliche Aufklärungspflicht bisher -mit Ausnahme der in § 3 Abs.1 KastG und §§ 40 Abs.1 Nr.2; 41 Nr.5 AMG geregelten Spezialfälle- bedauerlicherweise keine gesetzliche Regelung gefunden; selbst die ärztlichen Berufsordnungen haben die Aufklärungspflicht nicht als berufsständische Aufgabe statuiert. Lediglich die 34.Generalversammlung des Weltärztebundes hat 1981 in Lissabon eine Regel anerkannt, wonach der Patient das Recht hat, "einer Behandlung nach angemessener Aufklärung zuzustimmen oder sie abzulehnen" (15).

Der Vorstand der Deutschen Krankenhausgesellschaft verabschiedete in seiner Sitzung vom 23.6.1980 das Muster einer Dienstanweisung an die Ärzte im Krankenhaus über die Aufklärung und Einwilligung der Patienten vor ärztlichen Eingriffen. Dieses Muster griff im wesentlichen einen Vorschlag auf, den eine Kommission aus Medizinern und Juristen der Universität Göttingen und der medizinischen Hochschule Hannover erarbeitet hatte.

Da in den letzten Jahren vermehrt festzustellen war, daß Schadensersatzansprüche gegen die Krankenhausträger auch damit begründet werden, daß keine entsprechende Aufklärung gegenüber dem behandelten Patienten erfolgt ist, ist diese Dienstanweisung umfassend überarbeitet worden. Die nunmehrigen Empfehlungen sind durch den Vorstand der Deutschen Krankenhausgesellschaft am 29.10.1984

14) BGH VersR 1959, 153; BGH NJW 1980, 1333 (1334); BGH NJW 1981 633; BGH NJW 1983, 328; OLG Hamm VersR 1981, 686 (687)

15) Vgl. c) der Deklaration von Lissabon, DABL 81, 2064

sowie durch den Vorstand der Bundesärztekammer am 12.10.1984 als "Richtlinien zur Aufklärung der Krankenhauspatienten über vorgesehene ärztliche Maßnahmen" verabschiedet worden (16).

1.3. Abhängigkeitsverhältnis zwischen Einwilligung und Aufklärung

Ausgehend von dem Grundsatz der Rechtssprechung, daß jeder ärztliche Heileingriff eine Körperverletzung darstellt (17), ist grundsätzlich die Einwilligung des Patienten eine unerläßliche Voraussetzung jeder ärztlichen Heilbehandlung (18). Die Einwilligung in einen Heileingriff setzt für ihre Wirksamkeit voraus, daß der Patient in der Lage ist, die Tragweite seiner Entscheidung zu überschauen, er also Vor- und Nachteile der Behandlung gegeneinander abwägen kann, um so eine seinem Selbstbestimmungsrecht entspringende Entscheidung über die Vornahme des Eingriffs zu treffen (19). Da der Patient in der Regel das hierzu erforderliche Wissen nicht schon besitzt, muß der Arzt ihn über die für seine Einwilligung wesentlichen Umstände aufklären (20).

-
- 16) Die Richtlinien 1984 zur Aufklärung der Krankenhauspatienten über vorgesehene ärztliche Maßnahmen sind im Anhang abgedruckt
- 17) Vgl.Rspr.-Nachw. bei Mertens in Münchner Kommentar, § 823 Rz. 370 ff.
- 18) BGHZ 29, 46 ff. (53); BGHZ 67, 48 (49); BGHSt 11, 111 (114); OLG Stuttgart VersR 1979, 101; KG VersR 1979, 260; Mertens in Münchener Kommentar, § 823 Rz. 373 m.w.Nachw.;
- 19) BVerfG NJW 1979, 1925 (1929)
- 20) Weißauer, Die Problematik der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: Der Arzt im Krankenhaus, Sonderdruck aus Heft 5/DB 198

Hängt somit die Einwilligung vom Umfang der erfolgten Aufklärung ab, so ist sie insoweit unwirksam, als eine erforderliche Aufklärung nicht erfolgt ist. Die dennoch durchgeführten Heilbehandlungsmaßnahmen sind -da von einer wirksamen Einwilligung nicht gedeckt- rechtswidrig (21).

2. Selbstbestimmungserklärung

2.1. "Informed Consent" und "Informed Refusal"

Die Einwilligung des Patienten als Ausfluß seines verfassungsrechtlich in Art. 1 und 2 GG verankerten Selbstbestimmungsrechts ist nur wirksam, wenn er über Wesen, Bedeutung und Tragweite der ins Auge gefaßten Heilbehandlungsmaßnahme Bescheid weiß. Der Verwirklichung dieses Selbstbestimmungsrechts des Patienten dient die sog. Selbstbestimmungsaufklärung, die dem Patienten eine Entscheidungsmöglichkeit dahingehend einräumen soll, ob er einen Eingriff durchführen lassen will oder nicht und gegebenenfalls welchen (22).

-
- 21) BGH VersR 1959, 153 (154); BGH VersR 1981, 456 (457); BGH VersR 1982, 147 (149); OLG Köln VersR 1982, 453 (454); Giesen, Grundzüge der zivilrechtlichen Arzthaftung, Jura 1981, 10 ff (16); ders. Wandlungen des Arzthaftungsrechts, 1983, S. 48
- 22) Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 53; Bockelmann, Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1961, 945 ff. (947; Grünwald, Die Aufklärungspflicht des Arztes, ZStW, Bd.73, S.5 ff. (10); Mähler, Heilauftrag und ärztliche Aufklärungspflicht, Münch. Med.Wschr. 1965, 680

Zur Selbstbestimmungsaufklärung gehört daher nicht nur die Mitteilung der mit der Durchführung der Heilbehandlungsmaßnahme verbundenen Gefahren ("informed consent"), sondern auch des Risikos, welches der Patient trägt, wenn er eine ihm vorgeschlagene medizinische Maßnahme ablehnt ("informed refusal") (23).

Die Notwendigkeit einer Einbeziehung auch des "informed refusal", also der Aufklärung über die Gefahren der Ablehnung einer Heilbehandlungsmaßnahme, in die Selbstbestimmungsaufklärung verdeutlicht folgender Fall (24):

Eine Patientin hatte sich im Laufe einer mehrjährigen Behandlung einem Arzt gegenüber mehrfach geweigert, einen einfachen Krebstest vornehmen zu lassen, da ihr dessen Kosten zu hoch waren. Welche Gefahren durch die Nichtvornahme des Tests entstehen könnten, wurde ihr von Seiten des Arztes nicht mitgeteilt. Die Patientin entwickelte ein Cervix-Karzinom, an dem sie 1 Jahr später starb, da sie nicht mehr operiert werden konnte. Eine rechtzeitige Diagnose mit anschließender Operation hätte wahrscheinlich das Leben der Patientin gerettet.

Im Rahmen der Aufklärungspflicht hat daher der Arzt dem Patienten auch die Folgen vor Augen zu führen, die seine Weigerung nach

-
- 23) Staudinger/Schäfer, Kommentar zum BGH, § 823 Rz. 404; Deutsch, Neue Aufklärungsprobleme im Arztrecht, NJW 1982, 2585 ff. (2585); a.A. Weißbauer, Die Problematik der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: Der Arzt im Krankenhaus, Sonderdruck aus Heft 5/DB 1980, der die Selbstbestimmungsaufklärung mit "informed consent" gleichsetzt
- 24) Beispiel von Deutsch, Neue Aufklärungsprobleme im Arztrecht, NJW 1982, 2585 ff. (2586)

sich ziehen kann (25).

2.2. Drei Arten der Selbstbestimmungsaufklärung

Im übrigen wird die Selbstbestimmungsaufklärung überwiegend (26) in drei Arten untergliedert, wobei allerdings eine einheitliche Begriffsbestimmung in Literatur und Rechtsprechung nicht vorhanden ist (27). Mit Kern/Laufs (28) läßt sich folgende -im Einzelfall fließend ineinander übergehende- Gruppierung vornehmen:

Die Diagnoseaufklärung, also die Information des Patienten über den ärztlichen Befund, soll dem Patienten ermöglichen, das Vorhandensein und das Wesen seiner Krankheit zu erfahren (29).

-
- 25) LG Memmingen VersR 1981, 585; Deutsch/Geiger, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981, S.1103; Mertens in Münchener Kommentar, § 823 Rz. 422; Deutsch, Neue Aufklärungsprobleme im Arztrecht, NJW 1982, 2585 ff. (2586)
- 26) Bodenbug, Entzerrung der ärztlichen Aufklärungspflicht: Grundaufklärung und Einschätzungsprärogative, NJW 1981, 601 ff. (602), nennt zusätzlich als 4. Gruppe die "nachwirkende Aufklärung", die den Arzt verpflichtet, den Patienten auf bestimmte Gefahren nach der erfolgten Therapie hinzuweisen. Hier wird diese Gruppe der "therapeutischen Aufklärung" zugeordnet.
- 27) Deutsch, Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes, VersR 1981, 293, spricht insoweit von einer "babylonischen Sprachverwirrung"
- 28) Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 53 ff.
- 29) Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 54; anders Kuhnert, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, S.11, der diesen Bereich der von ihm als "Selbstbestimmungsaufklärung" bezeichneten Gruppe zuordnet

Von Art, Umfang und Durchführung der beabsichtigten Heilbehandlungsmaßnahme erfährt der Patient durch die sog. Verlaufsaufklärung (30). Zu dieser Aufklärungsart gehört die Information des Patienten über zwangsläufige Eingriffsfolgen, die im Verlauf jeder derartigen Operation eintreten (31). Ferner ist über die Erfolgsaussichten (32) wie auch über alternative Behandlungsmethoden aufzuklären (33); letzteres gilt selbst dann, wenn zwar keine nennenswerten Risiken gegeben sind, jedoch Unterschiede in der Eingriffsintensität, in den Folgen oder der Erfolgssicherheit bestehen (34).

Die letzte Gruppe bildet die sog. Risikoaufklärung, die den Patienten über die Gefahren eines ärztlichen Eingriffs, über die möglichen dauernden oder vorübergehenden Nebenfolgen informieren soll (35).

3. Umfang der Aufklärungspflicht

3.1. Dringlichkeit des Eingriffs und Komplikationsdichte als grundsätzliche Bemessungsfaktoren

-
- 30) Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 58; anders Kuhnert, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, S. 12, der insoweit von therapeutischer Aufklärung spricht
- 31) BGH VersR 1972, 153 (154); BGH DRiZ 1981, 310; Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 59
- 32) BGH NJW 1981, 633; BGH NJW 1981, 1319 (1320); OLG Naumburg, JW 32, 3369-3371; OLG Köln VersR 1978, 511
- 33) BGH NJW 1981, 630 (631); OLG Stuttgart NJW 1973, 560; OLG Bremen VersR 1980, 654 (655); LG Hannover NJW 1981, 1320
- 34) Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 64
- 35) BGH VersR 1962, 155 (156); OLG Saarbrücken VersR 1977, 872

Der Umfang der Aufklärungspflicht wird zum einen bestimmt durch die erfahrungsgemäß zu befürchtende Komplikationsdichte, zum anderen durch das Gewicht, welches mögliche, nicht ganz außerhalb der Wahrscheinlichkeit liegende Risiken für den Entschluß des Patienten haben können, in die Operation einzuwilligen (36).

Insoweit ist von wesentlicher Bedeutung, daß der Umfang der Aufklärungspflicht in "enger Wechselbeziehung zur Dringlichkeit des Eingriffs" steht (37). Der Umfang der Aufklärungspflicht wird von der sachlichen wie zeitlichen Dringlichkeit des Eingriffs bestimmt (38). Bei vitalindizierten Eingriffen kann eine Aufklärung u.U. völlig entfallen (39), bei Eileingriffen, die schwere Folgen für den Fall ihres Unterbleibens befürchten lassen, ist eine Aufklärung "im großen und ganzen" ausreichend, da der Arzt auch hier zur alsbaldigen Entscheidung aufgerufen ist (40). Bei medizinisch indizierten, indes nicht eiligen Eingriffen, sind hohe Anforderungen an die Aufklärung zu stellen (41).

3.2. Kriterium der Komplikationsdichte

Das ebenfalls zur Bemessung des Aufklärungsumfangs zu berücksichtigende Kriterium der sog. Komplikationsdichte ist in den

36) BGH NJW 1972, 335; BGH NJW 1980, 1905 ff.

37) Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 68

38) BGH NJW 1973, 556 (557); BGH NJW 1979, 1933

39) BVerfG NJW 1979, 1925 (1929); BGH VersR 1956, 449 (450);
OLG Karlsruhe VersR 1978, 769 (770); OLG München VersR 1980,
172 (173); LG Offenburg VersR 1979, 144 (145)

40) BGH NJW 1982, 2121

41) BGH VersR 1980, 940 (942)

vergangenen Jahren zunehmend "aufklärungsintensiver" geworden (42).

In seinem sog. "Myom-Urteil" vom 16.1.1959 (43) vertrat der BGH noch die Ansicht, daß der Arzt nicht verpflichtet sei, den Patienten eingehend über alle möglichen nachteiligen Folgen der Therapie zu belehren, insbesondere nicht darüber, daß auch die geringfügigsten Eingriffe unter ungünstigsten Verhältnissen selbst bei Beachtung aller Vorsichtsmaßnahmen zu unvorhersehbaren Komplikationen führen können. In seinem Urteil vom 2.2.1968 (44) entschied der BGH indes, daß der Arzt selbst bei einer Komplikationsdichte von nur 1 % verpflichtet ist, den Patienten auf die Möglichkeit schädlicher Folgen hinzuweisen.

Zwischenzeitlich wird in der Rechtssprechung sogar die Auffassung vertreten, daß auch eine Komplikationsdichte von weit unter 1 % den Arzt verpflichten kann, diese Risiken dem Patienten gegenüber zu erwähnen (45).

Somit kann festgehalten werden, daß es starre Richtlinien für den Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht nicht gibt, dieser vielmehr aufgrund einer Vielzahl zu berücksichtigender veränderlicher Faktoren variiert.

42) Schlund, Die ärztliche Aufklärungspflicht im Spannungsfeld der Gerichte und der Ärzteschaft, VersR 1977, 496 (501)

43) BGHZ 29, 176 (181)

44) BGH VersR 1968, 559

45) BGH VersR 1972, 153 (155); BGH NJW 1976, 363; OLG Düsseldorf VersR 1980, 949; 0,15 bis 0,23 %; LG Konstanz NJW 1972, 223 (224): 0,04 %

4. Folgen der Verletzung ärztlicher Aufklärungspflicht

4.1. Überblick

Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht führt einerseits zur zivilrechtlichen Haftung des Arztes aus Deliktsrecht und/oder Vertragsverletzung und zieht andererseits strafrechtliche Konsequenzen mit sich. Die vertraglichen und deliktsrechtlichen Haftungsansprüche können auch gleichzeitig geltendgemacht werden.

4.2. Vertragliche Haftung

4.2.1. Rechtslage beim Privatpatienten

4.2.1.1. Einfacher Behandlungsvertrag

Den Behandlungsvertrag zwischen dem Patienten und dem Arzt ordnet die ganz herrschende Meinung dienstvertraglichen Regeln (§§ 611 ff. BGB) zu (46). Der Arzt haftet aus positiver Vertragsverletzung des Arztvertrages, wenn er seine Aufklärungspflicht verletzt (47).

46) BGH VersR 1981, 278; BGH VersR 1981, 730; OLG Köln VersR 1980, 434; OLG Köln VersR 1980, 491; OLG Braunschweig VersR 1980, 853 (854); OLG Koblenz VersR 1981, 689; OLG München VersR 1981, 757 (758)

47) BGH VersR 1981, 278; BGH VersR 1981, 730; OLG Köln VersR 1980, 434; OLG Köln VersR 1980, 491; OLG Braunschweig VersR 1980, 853 (854); OLG Koblenz VersR 1981, 689; OLG München VersR 1981, 757 (758)

4.2.1.2. Der totale Krankenhausaufnahmevertrag

Schließt der Patient einen sog. totalen Krankenhausaufnahmevertrag (48) ab, so tritt er allein zum Krankenhausträger in vertragliche Beziehungen. Dieser Vertrag umfaßt alle für die stationäre Behandlung erforderlichen Leistungen einschließlich der ärztlichen Behandlung. Der Patient hat Ansprüche gegen das Krankenhaus auf Gewährung von Unterkunft, Verpflegung sowie insbesondere ärztliche Versorgung einschließlich der Operation. Vertragliche Beziehungen zum einzelnen Krankenhausarzt kommen hingegen nicht zustande. Vielmehr handelt der Arzt lediglich als Erfüllungshilfe des Krankenhauses, für den der Krankenhausträger gemäß § 278 BGB die Verantwortung trägt (49).

Hier haftet dem Patienten bei Verletzung der Aufklärungspflicht allein der Krankenhausträger gemäß § 611, 278 BGB, positiver Vertragsverletzung für das Verschulden der angestellten Ärzte (50).

-
- 48) Vgl. Uhlenbruck, Typische Formen des Krankenhaus-Aufnahmevertrages, NJW 1964, 431; Musielak, Haftung für Narkoseschäden - BGH NJW 1975, 2245, JuS 1977, 87 ff. (87); Deutsch/Geiger, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 1060; Uhlenbruck, Die rechtlichen Auswirkungen der neuen Bundespflegesatzverordnung auf den Krankenhausaufnahmevertrag, NJW 1973, 1399 ff.
- 49) BGHZ 1, 383; BGHZ 5, 321; Bunte, Gedanken zum Krankenhausvertrag -de lege lata - de lege ferrenda, JZ 1982, 279 (280); Laufs, Arztrecht, Rz. 18 f.
- 50) BGH VersR 1978, 542; BGH JZ 1979, 530; OLG Hamm VersR 1979, 585 ff.; Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S. 4

4.2.1.3. Der totale Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag

Beim totalen Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag schließt der Patient zusätzlich zu dem totalen Krankenhausvertrag einen Behandlungsvertrag mit dem Arzt über die zusätzliche Behandlung (51). Aus dem Krankenhausvertrag resultiert für den Krankenhaus-träger die Pflicht, alle Leistungen zu erbringen, die eine stationäre Aufnahme erfordert, so vor allem die Gewährung der ärztlichen Versorgung (52). Daneben ist der leitende Arzt durch den Zusatzvertrag zur Durchführung der Heilbehandlungsmaßnahmen verpflichtet.

Problematisch ist in diesem Fall, ob außer der Haftung des vertraglich verpflichteten Arztes auch eine solche des Krankenhaus-trägers in Betracht kommt.

Berücksichtigt man, daß zum einen sämtliche, für Diagnose und Therapie erforderlichen Tätigkeiten sowohl vom Arzt wie auch vom Krankenhaus-träger geschuldet werden (53) und andererseits der Patient durch einen am Krankenhaus tätigen Arzt durch Verletzung der Aufklärungspflicht geschädigt wird, darüber hinaus die Gesamtbehandlung des Patienten im Verantwortungsbereich des Krankenhaus-trägers erfolgt, so ist neben der Haftung des Arztes auch

-
- 51) Bunte, Gedanken zum Krankenhausvertrag - de lege lata - de lege ferrenda, JZ 1982, 279 (280); Deutsch/Geiger, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 1061
- 52) Bunte, Gedanken zum Krankenhausvertrag - de lege lata - de lege ferrenda, JZ 1982, 279 (280); Soergel/Siebert, Kommentar zum BGB, vor § 611 Anm. 103
- 53) Kleinewefers/Wilts, Die vertragliche Haftung bei gespaltenem Arzt-Krankenhaus-Vertrag, NJW 1965, 332 (334); Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S. 3; ders., Grundzüge der zivilrechtlichen Arzthaftung, Jura 1981, 10 ff. (11)

noch eine solche des Krankenhausträgers für von diesem selbst begangene Fehler zu bejahen (54).

4.2.1.4. Der gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag

Dieser Vertragstyp wird dadurch gekennzeichnet, daß zwei Vertragsbeziehungen des Patienten nebeneinander bestehen: Einmal der Vertrag des Patienten mit dem Krankenhausträger, der durch diesen zur Versorgung des Patienten verpflichtet wird, daneben der Vertrag mit dem behandelnden Arzt, der diesen zur ärztlichen Dienstleistung verpflichtet (55).

Die Haftungsfrage ist hier gleichermaßen zu beurteilen wie beim totalen Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag (56).

4.2.1.5. Der Krankenhausaufnahmevertrag mit gesondert zu liquidierenden Arztleistungen als Wahlleistung gemäß § 6 Satz 4 BPflV

In seiner Entscheidung vom 10.3.1981 (57) hat der BGH die Frage

54) offengelassen in BGH VersR 1981, 730; BGH 30.11.1982 -VI ZR 77/81 - weist auf die enge Verzahnung der Tätigkeit (auch) des selbst liquidierenden Arztes mit der Institution des Krankenhauses hin, "in die seine Behandlungstätigkeit vor allem im stationären Bereich insgesamt eingebettet ist"

55) Bunte, Gedanken zum Krankenhausvertrag - de lege lata - de lege ferenda, JZ 1982, 279 (280); Deutsch/Geiger, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S.1061; Söllner in Münchener Kommentar, § 611 Rz. 76

56) Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrechts, S. 4 f.

57) in BGH NJW 1981, 2002/2003

noch offengelassen, ob in einem Fall, in dem der Krankenhausträger als Wahlleistung "gesondert berechenbare ärztliche Leistungen" (§ 6, Satz 4 BPflV) anbietet und der Patient diese Leistung wählt, ein sog. gespaltenen Krankenhausvertrag mit der Folge der Alleinhaftung des Chefarztes für Fehler in seinem Verantwortungsbereich oder ein sog. Arztzusatzvertrag zustande kommt, der dem Patienten nur einen zusätzlichen Schuldner für bestimmte ärztliche Leistungen verschafft.

Diese Frage ist nunmehr dahin zu beantworten, daß im Regelfall der Pflichtenkreis des Krankenhausträgers nicht eingeschränkt wird. Der BGH hat in seinem Urteil vom 18.6.1985, Az. VI ZR 234/83 entschieden, daß es im Krankenhausaufnahmevertrag eindeutig zum Ausdruck kommen muß, wenn zwischen den Vertragsparteien etwas anderes verabredet werden soll. Fehlt es an einem solchen entsprechenden Hinweis, dann ist der Krankenhausaufnahmevertrag jedenfalls mit einem Krankenhaus, das kein Belegkrankenhaus ist, hinsichtlich der "ärztlichen Wahlleistung" nicht eingeschränkt. Nach Auffassung des BGH ist auch der Krankenhausträger im Rahmen des neben dem Zusatzvertrag mit dem Chefarzt bestehenden totalen Krankenhausaufnahmevertrages dem Patienten gegenüber zur fehlerfreien Erbringung aller ärztlichen Leistungen im Zusammenhang mit dem Krankenhausaufenthalt und der ärztlichen Betreuung des Patienten verpflichtet. Daraus folgt weiter, daß für einen schuldhaft begangenen ärztlichen Behandlungsfehler des selbst liquidationsberechtigten Chefarztes der Krankenhausträger für diesen als Erfüllungsgehilfen vertraglich für die daraus entstandenen Körperschäden des Patienten haftet.

Im Deliktsbereich bleibt der Chefarzt auch hierbei Organ des Krankenhausträgers, so daß dieser auch insoweit für ihn einzustehen hat. Erst recht haftet der Krankenhausträger trotz Abschlusses eines Arztzusatzvertrages über gesondert berechenbare ärztliche Leistungen für Fehler anderer, von ihm angestellter, bei der ärztlichen Versorgung des Patienten tätiggewordener Ärzte (sog. nachgeordneter ärztlicher Dienst).

4.2.2. Rechtslage beim Kassenpatienten

Die Haftungsfrage ist beim Kassenpatienten ebenso wie beim Privatpatienten zu beurteilen. Denn unabhängig davon, wie man die Vorschrift des § 368 d Abs. 4 RVO versteht (58), stimmen doch alle Auffassungen insoweit überein, daß der Kassenpatient jedenfalls einen nach Vertragsgrundsätzen zu bestimmenden Schadensersatzanspruch für ärztliches Fehlverhalten hat (59).

4.3. Deliktsrechtliche Haftung

Der deliktsrechtlichen Haftung kommt wegen § 847 BGB besondere Bedeutung zu. Denn nur hier wird der -häufig begehrte und oft gegebene- immaterielle Schaden in Form des Schmerzensgeldes ersetzt.

Der ärztliche Heileingriff ist eine tatbestandsmäßige Körperverletzung, die nur gerechtfertigt ist, wenn eine wirksame Patienteneinwilligung vorliegt (60). Die Einwilligung ihrerseits ist nur wirksam, wenn eine ausreichende Aufklärung erfolgte; fehlt letztere, so haftet der behandelnde Arzt gemäß § 823 BGB (61).

58) § 368 d Abs. 4 RVO bestimmt: "Die Übernahme der Behandlung verpflichtet den Kassenarzt und den beteiligten Arzt, dem zu Behandelnden gegenüber zu Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts".

59) Vgl. Eberhardt, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), 289 ff. (293) m.w.Nachw.; Laufs, Arztrecht, Rz. 18 ff.

60) Vgl. nur Mertens in Münchener Kommentar, § 823 Rz. 370 ff. m.z. Nachw.d.Rspr.

61) Vgl. nur Mertens in Münchener Kommentar, § 823 Rz. 370 ff. m.z. Nachw.d.Rspr.

Den Krankenhausträger kann die Verrichtungsgehilfen-Haftung aus § 831 BGB (62), die Organhaftung gem. § 31 BGB bzw. §§ 89 i.V.m. 31 BGB (63) oder eine Haftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB wegen Organisations-, Personal- und Übernahmeverschulden treffen (64).

4.4. Strafrechtliche Konsequenzen

Selbst der lege artis durchgeführte, ohne Nebenfolgen erfolgreiche Eingriff stellt eine Körperverletzung dar, den erst die Einwilligung des Patienten rechtfertigt (65).

Der Eingriff als solcher wird von Seiten des Arztes vorsätzlich durchgeführt, d.h. Fahrlässigkeit kann nur gegeben sein bei einem Irrtum über die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund. Der Arzt handelt in einem Irrtum über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, der nach § 16 StGB (66) die Beurteilung wegen einer Vorsatztat ausschließt und zur Verurteilung wegen fahrlässiger Begehung führt (67), wenn er in nicht vorwerfbarer Weise seine Aufklärungspflicht verletzt.

Setzt sich der Arzt hingegen bewußt über die Aufklärungspflicht hinweg oder erkennt er sie schuldhaft nicht, so handelt er mit

62) BGH VersR 1973, 862 ; BGH NJW 1978, 584 (585)

63) BGH NJW 1980, 1901 (1902); BGH NJW 1981, 633 (634)

64) BGH VersR 1975, 953 (954); BGH NJW 1978, 584 (585); BGH VersR 1982, 161 (162)

65) Vgl. § 246 a StGB

66) Zur Anwendung des § 16 StGB im Falle irrtümlicher Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes vgl. Cramer in Schönke/Schröder, StGB, § 16 Rz. 13,14

67) OLG Hamburg NJW 1975, 603 (604) mit Anmerkung Rudolphi, JR 1975, 513

Vorsatz (68). In diesen Fällen ist sogar eine Bestrafung wegen schwerer Körperverletzung (§§ 223 a, 224 StGB) bzw. wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 226 StGB) oder fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) möglich.

5. Die Beweisführungslast im Arzthaftungsprozeß

5.1. Beweisführungslast beim Vorwurf eines Behandlungsfehlers

Grundsätzlich gilt auch im Arzthaftungsrecht die allgemeine Regel, daß der Patient die sein Begehren rechtfertigenden Tatsachen behaupten und gegebenenfalls beweisen muß (69).

Der Patient, der seinen Schadensersatzanspruch auf einen Behandlungsfehler stützt, muß daher das Vorliegen eines Behandlungsfehlers, dessen Ursächlichkeit für den eingetretenen Schaden sowie das Verschulden des Arztes beweisen (70).

5.2. Beweisführungslast bei der Rüge der Aufklärungspflichtverletzung

Anders hingegen verhält es sich, wenn sich der Patient auf eine

68) BGHSt 16, 309 (314)

69) BGHZ 61, 118 (120); BVerfG NJW 1979, 1925 (1928). Obwohl im Zivilprozeß die Verhandlungsmaxime gilt - Grundlage der Behauptungslast -, nähert die Rechtsprechung aus Gründen der Waffengleichheit den Arzthaftungsprozeß der Untersuchungsmaxime an, vgl. BGH NJW 1979, 1933 (1934) und BGH VersR 1980, 940

70) BGH NJW 1978, 1681 (1682); BGH VersR 1981, 730 (732); OLG Koblenz VersR 1981, 689; LG Frankfurt VersR 1981, 1040

Verletzung der Aufklärungspflicht seitens des Arztes beruft. Zwar trägt auch hier der Patient die Behauptungslast, d.h. er hat zur Vermeidung prozessualer Nachteile vorzutragen, daß der Arzt ihn nicht hinreichend aufgeklärt habe und er bei ausreichender Aufklärung möglicherweise in den Eingriff nicht eingewilligt hätte (71).

Der Patient trägt jedoch nicht die Beweislast dafür, daß der Arzt seine Aufklärungspflicht verletzt hat; vielmehr obliegt es dem Arzt zu beweisen, daß er seiner Aufklärungspflicht genügt hat (72). Dies deshalb, weil die wirksame Patienteneinwilligung Rechtfertigungsgrund für den ärztlichen Eingriff ist, die Einwilligung somit ein dem Arzt günstiger Umstand.

6. Bedeutung ärztlicher Aufklärungsformulare

Angesichts des durch die Ausdehnung der Aufklärungspflichten (s. B 3.) zunehmend gestiegenen Zeitaufwandes des Arztes für die Aufklärung, der für den Arzt ungünstigen Beweislastverteilung (s. B 5.2.) und angesichts der Rechtsunsicherheit hinsichtlich des erforderlichen Umfangs der Aufklärung - bedingt durch die Wechselbeziehung zur Dringlichkeit des Eingriffs (s. B. 3.1.) - ist es verständlich, daß sich im medizinischen Bereich die Anwendung ärztlicher Aufklärungsformulare ausbreitet (73) - dies, obwohl der 52. Deutsche Juristentag 1978 in Wiesbaden "vor der Ver-

71) Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 171

72) BGH VersR 1981, 677 (678); OLG Stuttgart VersR 1979, 1016; OLG Stuttgart VersR 1981, 691; LG Frankfurt VersR 1981, 1040

73) Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 47; Jacob, Standardisierte Patientenaufklärung bei ärztlichen Heileingriffen, Jura 1982, 529 ff. (530)

wendung unübersichtlicher Formulare zur Aufklärung des Patienten und zu ihrem Nachweis" warnte (74).

Über den Wert ärztlicher Aufklärungsformulare sind die Ansichten geteilt. Denn die Aufklärung selbst, wie auch die Verständigung über die betreffenden Wünsche des Patienten vollzieht sich nicht in festgelegten rechtsgeschäftlichen Formeln (75); Inhalt und Umfang der Aufklärung lassen sich formularmäßig nicht vollständig erfassen (76).

Dennoch umfaßt nach Weißbauer (77) das System der Aufklärung zur Zeit mehr als 300 Merkblätter für diagnostische und therapeutische Eingriffe. Es werden ca. fünf bis sechs Millionen Eingriffe im Jahr mit diesen Merkblättern durchgeführt.

Indes dient die formularmäßige Patientenaufklärung nicht nur der Zeitersparnis des behandelnden Arztes; gleichermaßen kann sie die Qualität der Aufklärung verbessern, indem sie dem Arzt Anhaltspunkte dafür gibt, worüber er aufzuklären hat und ihm die Möglichkeit einräumt, medizinische Sachverhalte auch für den Laien verständlich auszudrücken (78). Ferner soll, was im folgenden auf seine Richtigkeit überprüft werden soll, das Aufklärungsformular ein geeignetes Beweismittel gegen die unzutreffende Behauptung des Patienten sein, er sei nicht aufgeklärt worden und

74) 52. Deutscher Juristentag, V. Abteilung "Arztrecht", V 3 b, NJW 1978, 2193

75) BGH NJW 1973, 556 (558)

76) KG VersR 1979, 260 (261)

77) W. Weißbauer, "Der prozessuale Umweg über die Aufklärungspflicht und die Stufenaufklärung", Klinikarzt 1985, S. 748

78) Jacob, Standardisierte Patientenaufklärung bei ärztlichen Heileingriffen, Jura 1982, 529 (530)

seine Einwilligung daher unwirksam (79).

Allerdings nützt das Aufklärungsformular dem Arzt, sofern es zum Prozeß kommt, dann nichts, wenn gerade diejenige aufklärungsbedürftige Tatsache, auf die es im Prozeß ankommt, in dem verwandten Aufklärungsformular nicht niedergelegt war.

Es ist auch zu berücksichtigen, daß in bestimmten medizinischen Bereichen recht brauchbare Aufklärungsformulare vorliegen (80). Insbesondere im Rahmen der therapeutischen Aufklärung scheint auch der BGH einer Verwendung ärztlicher Aufklärungsformulare nicht abgeneigt gegenüberzustehen, wenn er die Auffassung vertritt, daß es für den Arzt bei der Tubenligatur naheliegend sei, sich "seinen Hinweis auf die Versagerquote schriftlich" von dem Patienten bestätigen zu lassen, und "daß die Unterlassung dieser Vorsichtsmaßnahme... ein Beweiszeichen dafür bilden mag, daß die Erfüllung dieser Pflicht versäumt worden ist" (81).

7. Arten der Aufklärungsformulare

7.1. Überblick

Die in der Praxis verwandten Aufklärungsformulare lassen sich im

79) Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S.50; Jacob, Standardisierte Patientenaufklärung bei ärztlichen Heileingriffen, Jura 1982, 529 (530)

80) Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 47

81) BGH NJW 1981, 2002 (2004)

wesentlichen in vier Gruppen einteilen (82):

- Vordrucke, auf denen der Patient schriftlich bestätigt, ausreichend aufgeklärt worden zu sein und in den ärztlichen Eingriff einzuwilligen (s. das Muster unter 7.2.) (83)
- mehrseitige Fragebögen, in denen der Patient zur Beantwortung zahlreicher Fragen aufgefordert wird und er anschließend bestätigt, anhand seiner Antworten aufgeklärt worden zu sein und alle ihn interessierenden Fragen beantwortet bekommen zu haben (s. das Muster unter 7.3.) (84)
- mehrseitige Aufklärungs-"Merkblätter", die den Patienten in verständlichen Worten unter Heranziehung bildlicher Darstellungen über die aufklärungsbedürftigen Tatsachen zu informieren suchen (s. das Muster unter 7.4.)
- Aufklärungsbroschüren mit zum Teil 50 Seiten starkem Umfang, die dem Patienten in der Regel längere Zeit zur Lektüre überlassen bleiben. Der Patient bestätigt auf einem Formular, daß er nach Lektüre der Broschüre in die Vornahme des Eingriffs einwillige

-
- 82) Anders Niebling, Ärztliche Formularaufklärung und AGBG, MDR 1982, 193 (194), der zwei Gruppen unterscheidet: "Formelle" Aufklärungsformulare und "materiell-formelle" Aufklärungsformulare
- 83) Niebling, Ärztliche Formularaufklärung und AGBG, MDR 1982, 193 (194), bezeichnet diese Gruppe als "formelle" Aufklärungsformulare
- 84) Niebling, Ärztliche Formularaufklärung und AGBG, MDR 1982, 193 (194), bezeichnet die Gruppen II bis IV als "materiell-formelle" Aufklärungsformulare

7.2. Gruppe I der ärztlichen Aufklärungsformulare

7.2.1. Muster eines Aufklärungsformulars der Gruppe I

Einverständniserklärung

Es wird hiermit bestätigt, daß ich / wir über Wesen, Bedeutung und Tragweite des vorgesehenen Eingriffs, nämlich

.....

von Herrn Dr. ausreichend aufgeklärt worden bin/sind.

Ich / Wir erteile/n deshalb die Einwilligung zu diesem Eingriff, gegebenenfalls mit Allgemein-Anästhesie (Narkose) oder Leitungs-Anästhesie. Ferner bin ich damit einverstanden, daß etwaige Eingriffe, die sich während bzw. aufgrund der Operation ergeben, gegebenenfalls auch später durchgeführt werden.

München, den

.....
Unterschrift

K 27 a Form 306 StkP

Dieses Aufklärungsformular der Gruppe I, welches in zahlreichen Kliniken verwandt wird, ist mir von der Universitäts-Frauenklinik München zur Verfügung gestellt worden.

7.2.2. Beweiswert der Aufklärungsformulare der Gruppe I

Wie bereits unter B 6. ausgeführt, ist es für den Arzt von entscheidender Bedeutung, daß er im Prozeß beweisen kann, daß er über die entscheidenden Tatsachen den Patienten aufgeklärt hat. Diesem Ziel können die Aufklärungsformulare der I. Gruppe nicht gerecht werden. Sie geben keine Auskunft darüber, über welche Risiken aufgeklärt worden ist, welche Behandlungsalternativen bestehen etc. Mangels hinreichenden Beweiswertes (85) können diese Aufklärungsformulare -obwohl in der Praxis noch häufig verwandt- in der vorliegenden Untersuchung von vornherein ausgeschieden werden.

85) Niebling, Ärztliche Formularaufklärung und AGBG, MDR 1982, 193 (194)

7.3. Gruppe II der Aufklärungsformulare

7.3.1. Muster eines Aufklärungsformulars der II. Gruppe

26 Fragen zur Anästhesie

Bitte beantworten Sie unsere Fragen sorgfältig. Der Anästhesist sorgt für die Schmerzfreiheit während der Operation und für die Aufrechterhaltung der lebenswichtigen Funktionen (vor allem Atmung und Kreislauf).

Alle 26 Fragen beziehen sich auf bestimmte, zum Teil auch kleinere Risiken (z. B. Zahnschäden, Venenreizungen). Schwere Zwischenfälle (Herz, Kreislauf, Atmung, Gehirn und Nervensystem) sind in der Anästhesie sowie bei Vor- und Begleitbehandlungen selten. Durch Ihre Mitarbeit helfen Sie uns, das Beste für Ihre Sicherheit zu tun.

Auf Grund Ihrer Antworten schlagen wir Ihnen das für Sie günstigste Verfahren vor. Bestimmte Eingriffe können statt in Narkose in Regionalanästhesie durchgeführt werden. Sie belastet im allgemeinen den Organismus nur wenig. Schwere Nervenschäden sind entgegen den Befürchtungen mancher Patienten auch bei der rückenmarksnahen Regionalanästhesie extrem selten.

Bitte stellen Sie weitere Fragen im Rahmen unseres Aufklärungsgesprächs und unterschreiben Sie die Erklärungen am Schluß dieses Bogens erst in Gegenwart des Arztes.

Klinik		
Station		
Zimmer		
Arztwahl	ja	nein

Zuname: _____ Vorname: _____

Geburtsdatum: _____ Größe: _____ cm Gewicht: _____ kg

Beruf: _____

Fester Wohnsitz: _____

Kostenträger (Selbstzahler, Kasse): _____

1. Befanden Sie sich in letzter Zeit in ärztlicher Behandlung? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
2. Wenn ja, wegen welcher Erkrankungen: _____
3. Welche Medikamente nehmen Sie zur Zeit ein? _____
4. Wurden Sie schon einmal operiert? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
- a) _____ im Jahre _____ b) _____ im Jahre _____
- c) _____ d) _____
5. Haben Sie die Narkose gut vertragen? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
- a) Wenn nein, welche Beschwerden? _____
6. Wurde Ihnen schon einmal Blut übertragen? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
- a) Wann? _____
- b) Haben Sie das Blut gut vertragen? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
7. Herzerkrankungen (z. B. Herzinfarkt, Herzfehler, Herzschwäche, Herzmuskelentzündung)? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
8. Kreislauferkrankungen (z. B. hoher oder niedriger Blutdruck, Kreislaufschwäche, Atemnot beim Treppensteigen)? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
9. Gefäßerkrankungen (z. B. Durchblutungsstörungen, Krampfader, Thrombose)? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
10. Lungenerkrankungen (z. B. Tuberkulose, Staublunge, Lungenentzündung, Lungenblähung)? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
11. Atemwegserkrankungen (z. B. Asthma, chronische Bronchitis)? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
12. Lebererkrankungen (z. B. Gelbsucht, Fettleber, Leberverhärtung)? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
13. Nierenerkrankungen (z. B. Nierenentzündung, Nierensteine)? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
14. Stoffwechselerkrankungen (z. B. Zuckerkrankheit, Gicht)? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
15. Schilddrüsenerkrankungen (z. B. Kropf)? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
16. Augenerkrankungen (z. B. Grüner Star)? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
17. Nervenleiden (z. B. Krampfleiden, Lähmungen)? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
18. Gemütsleiden (z. B. Depressionen)? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
19. Erkrankungen des Skelettsystems (z. B. Wirbelsäulenschäden, Gelenkerkrankungen, Muskelschwäche)? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
20. Bluterkrankungen oder Blutgerinnungsstörungen (z. B. Neigung zu Blutergüssen, Nasenbluten)? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
21. Allergien (z. B. Heuschnupfen, Überempfindlichkeit gegen Nahrungsmittel, Medikamente oder andere Substanzen)? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
22. Leiden Sie an einer anderen, oben nicht aufgeführten Erkrankung? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
- a) Welche? _____

23. Tragen Sie eine Zahnprothese oder besitzen Sie gelockerte Zähne? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐
24. Rauchen Sie mehr als 10 Zigaretten täglich? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐

Wenn nein, wieviel? _____ Seit wann nicht mehr? _____

25. Trinken Sie Alkohol?

nein ☐ selten ☐ regelmäßig geringe Mengen ☐ regelmäßig größere Mengen ☐

a) Welche Art von Alkohol trinken Sie regelmäßig?

Wein ☐ Bier ☐ hochprozentige Getränke ☐

26. Nehmen Sie häufig Schlafmittel oder Beruhigungsmittel ein? ja ☐ nein ☐ ich weiß es nicht ☐

a) Welche? _____

Erklärung des Patienten zum Aufklärungsgespräch

Herr/Frau Dr. _____ hat heute mit mir anhand meiner Antworten ein Aufklärungsgespräch über das Anästhesieverfahren geführt. Ich konnte alle mich interessierenden Fragen, insbesondere nach der Art des Verfahrens und seinen spezifischen Risiken, nach der Vor- und Nachbehandlung sowie etwaigen Nebeneingriffen, stellen. Ich habe keine weiteren Fragen.

Unterschrift des Arztes, der das Aufklärungsgespräch führt

Unterschrift des Patienten bzw. des Sorgeberechtigten

Bemerkungen des Arztes zum Aufklärungsgespräch: _____

Einwilligungserklärung

Ich willige hiermit in eine Narkose/Regionalanästhesie für folgenden Eingriff _____ sowie in die sie vorbereitende und begleitende Behandlung (z. B. Infusionen, Bluttransfusionen, Behandlung der Herz- und Lungenfunktion) einschließlich der erforderlichen Nachbehandlung ein. Ich bin mit medizinisch angezeigten Änderungen und Erweiterungen des Anästhesieverlaufs einverstanden.

Unterschrift des Arztes, der die Einwilligungserklärung entgegennimmt

Unterschrift des Patienten bzw. Sorgeberechtigten

München, den _____ 198 _____

Ich erkläre meine Einwilligung in die Narkose/Regionalanästhesie für folgende weitere Eingriffe:

Unterschrift des Arztes, der die Einwilligungserklärung entgegennimmt

Unterschrift des Patienten bzw. des Sorgeberechtigten

München, den _____ 198 _____

abschließender Befund des Anästhesisten

Besonderheiten:	Herzbefund (auskultat., EKG): Lungenbefund (auskultat., Röntg.):
-----------------	---

Befunde
Blutdruck
Herzfrequ.
Temp.
Hb
Hkt
Na
K
Kreatinin
Ges. Eiweiß
Blutz.
Transam.
Quick
Thromboz.
PTT

Geplante Operation bzw. gegenw. Erkrankung: _____

Blutgruppe	Rh-Fakt.	Anz. Kons.

Prämedikation, wenn noch erforderliche Maßnahmen _____

_____ erfüllt

Datum	Uhrzeit	Art des Medikamentes	Dos (mg)	Appl.-ort	Verabreicht von	Verabr. Uhr

Zum OP, Röntgen, Computer _____ Uhrzeit: _____

München, den _____ 198 ____

Unterschrift des Anästhesisten

Dieses Muster eines Aufklärungsformulars der Gruppe II. ist vom Klinikum Großhadern der Ludwig-Maximilians-Universität München zur Verfügung gestellt worden.

7.3.2. Rechtswirksamkeit der Aufklärungsformulare der Gruppe II

Mit den vorgenannten Aufklärungsformularen der Gruppe II bestätigt der Patient, daß die Aufklärung im Wege eines "Frage- und Antwort-Spiels" durchgeführt worden ist. Die Aufklärung und deren Umfang wird abhängig gemacht von den Fragen des Patienten.

Dieses "Aufklärungsritual" (86) erscheint jedoch bedenklich, wenn man berücksichtigt, daß mit der Aufklärung die Verantwortung des Eintritts gefährlicher Nebenwirkungen vom Arzt auf den Patienten übergeht (87). Zutreffend führt Deutsch (88) aus, daß "nicht mehr der Arzt prüft, ob der Patient seinem Anspruch entsprechend aufgeklärt ist, sondern der Patient hat sich zu melden, sonst erfährt er meist nichts mehr".

Eine solche Fragepflicht dem Patienten aufzubürden, widerspricht indes der aus dem verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht fließenden Aufklärungspflicht des Arztes. Allein der Arzt, der die Heilbehandlungsmaßnahme durchführt, vermag aufgrund seiner Ausbildung den Eintritt gefährlicher Nebenwirkungen zu überschauen (89).

86) Deutsch, Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes, VersR 1981, 293 (296)

87) Deutsch, Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes, VersR 1981, 293 (296)

88) Deutsch, Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes, VersR 1981, 293 (296)

89) Deutsch, Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes, VersR 1981, 293 (296); Kuhnert, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, S. 8

Mit der Postulierung einer Fragepflicht wird der Patient mit dem Erkennen einer medizinischen Problematik belastet, obwohl er als medizinischer Laie im Regelfall gar nicht in der Lage ist, die möglichen Komplikationen einer ärztlichen Heilbehandlungsmaßnahme zu durchschauen. Auch sind häufig Patienten zu eingeschüchtert, um überhaupt, bzw. wenn ja, exakte Fragen zu stellen.

Das "Frage-und-Antwort-Aufklärungsritual" birgt die Gefahr in sich, daß der Arzt mit dem Patienten solange nach eigener Anschauung verfahren darf, als der Patient nicht ausdrücklich widersprochen hat (90).

Eine Frageobliegenheit des Patienten ist daher abzulehnen. Denn anderenfalls verlangt man vom Patienten bereits die Kenntnis von solchen Umständen, über die er gerade aufzuklären ist; ein Patient kann nur entsprechende Fragen stellen, wenn er über eine ausreichende Vorkenntnis verfügt (91).

Die Aufklärungsformulare der Gruppe II können dem Arzt im Prozeß daher nicht als Beweismittel für eine erfolgte Aufklärung dienen, da es nicht Aufgabe des Patienten ist, den Arzt nach möglichen Risiken zu fragen.

90) Bockelmann, Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1961, 945 (946)

91) Mann/Pfeiffer, Münch.Med.Wschr. 1981, 398; Jacob, Standardisierte Patientenaufklärung bei ärztlichen Heileingriffen, Jura 1982, 529 (534)

7.4. Gruppe III der Aufklärungsformulare

7.4.1. Muster eines Aufklärungsformulars der III. Gruppe

Merkblatt* über die Operation eines Narbenbruchs nach Bauchoperation

zur Vorbereitung des Gesprächs
mit dem Arzt

Patientenadresse

Bitte informieren Sie sich!

Sehr geehrter, lieber Patient,

die Behandlung, zu der wir Ihnen raten, bedarf
Ihrer Einwilligung.

Damit Sie sich entscheiden können, unterrichten wir Sie in diesem Merkblatt und in einem Aufklärungsgespräch

- über die Erkrankung sowie
- über Art, Bedeutung, etwaige nachteilige Folgen und Risiken der in Frage kommenden Behandlungsmethoden

und erklären Ihnen, warum wir zu einer bestimmten Behandlungsmethode raten.

Krankheit

Nach der vorausgegangenen Bauchoperation liegt jetzt ein Narbenbruch vor. Es sind die bei der Operation durchtrennten und wieder zusammengenähten Muskelhäute auseinandergewichen oder auseinandergerissen.

Das kann Folge einer Wundheilungsstörung (z. B. Abszeß), des verwendeten Nahtmaterials, vielleicht auch Folge eines Eiweißmangels, einer Bindegewebsschwäche oder Erhöhung des Bauchinnendrucks sein. Letztere ist besonders bei Fettsucht zu erwarten.

Gefahren der Krankheit und Behandlungsmöglichkeiten

Mit der Zeit kann sich die Lücke in der Bauchmuskulatur (Bruchpforte) erweitern. Der Bruch wird größer. Darmschlingen verkleben und verwachsen darin. Vielleicht wird eines Tages der Darm durch den Narbenring eingeklemmt. Mit dem Darmverschluß besteht Lebensgefahr!

Dauerbehandlung des Narbenbruchs durch Leibbinden oder Stützbandagen ist nicht sinnvoll. Nur dann, wenn wegen schwerer anderer Krankheiten die Bruchoperation zurückgestellt werden muß, wird eine Bandage vorübergehend zu empfehlen sein. Dauernde Stützung fördert nämlich Muskel- und Bindegewebsschwäche weiter. Das Gegenteil ist erforderlich, d. h. Training der Muskulatur, dazu Gewichtsabnahme, falls Übergewicht



* Aufgrund der vom Berufsverband der Deutschen Chirurgen e. V. empfohlenen Stufenaufklärung nach WEISSAUER.
Autoren: H. P. Hümmer, W. Müller-Ostun, W. Weißbauer. Illustrationen: A. Hufnagel-Gäbelein. Copyright 1980 by perimed Verlag Dr. med. D. Straube, D-8520 Erlangen. Nachdruck, Ablichtung, auch auszugsweise, verboten.
Bestell-Nr. 605-344 Bestelladresse: perimed Verlag, Postfach 3740, 8520 Erlangen, Telefon (091 31) 609-1

besteht. Nur dann kann die jetzt vorgeschlagene Operation bleibenden Erfolg haben.

Bei Einklemmungsgefahr ist die Operation in jedem Fall dringlich.

Operation

Ziel der Operation ist die Wiederherstellung der Bauchwandschichten und ihr fester Verschuß. Durch die Einpflanzung von Fremdmaterial (z. B. Kunststoffnetz) oder von körpereigenem Material (z. B. Muskelhaut oder „Lederhaut“) kann dieser Nahtverschluß verstärkt werden.

Kein Eingriff ohne Risiko!

Kein Arzt kann für seine Behandlung eine absolute Erfolgsgarantie geben.

Die allgemeinen Gefahren ärztlicher Eingriffe, wie z. B. Infektionen, Thrombosen (Bildung von Blutgerinnseln), Embolien (Schlagaderverschlüsse durch verschleppte Gerinnsel) sowie Verletzungen von Organen, Nerven oder Blutgefäßen und Nachblutungen sind dank der Fortschritte der Medizin aber viel seltener geworden. Wir können auch mehr als früher gegen sie tun.

Spezielle Gefahren und Erfolgsaussichten der Operation

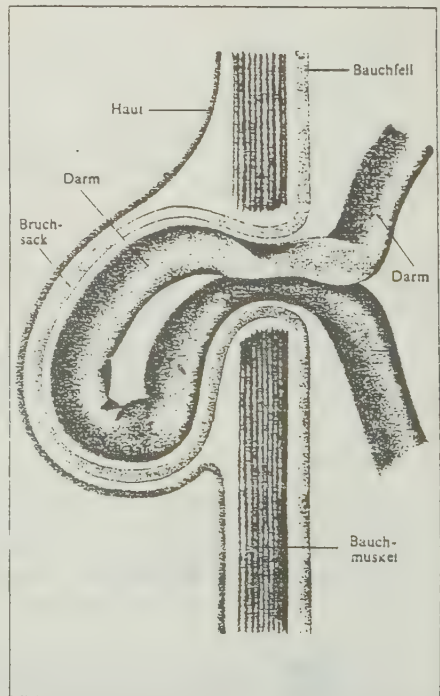
Zwischenfälle bei der Operation sind sehr selten.

Komplikationen der Operation können dadurch auftreten, daß bei großen Brüchen durch das Zurückdrängen der Eingeweide der Innendruck im Bauchraum ansteigt und das Zwerchfell hochgedrängt wird. Dadurch können Kreislauf- und Atembeschwerden, auch Störungen der Darmtätigkeit entstehen. Bei jeder Operation kann eine Infektion eintreten und, wenn Kunststoff verwendet wurde, zu Fisteln führen.

Andererseits wird durch Kunststoffnetze sofortige Stabilität erreicht, durch körpereigenes Material oft erst nach Wochen oder Monaten.

Das erneute Auftreten eines Narbenbruchs ist bei der häufig bestehenden Bindegewebschwäche nicht sicher vermeidbar.

Allgemeine statistische Zahlenangaben haben wenig Aussagekraft für den Einzelfall. Entscheidend ist immer Art und Umfang der Erkrankung, der allgemeine Gesundheitszustand, das Lebensalter des Patienten und eine Vielzahl anderer Umstände. Wenn Sie statistische Angaben erfahren wollen, geben wir Ihnen nähere Auskünfte im Aufklärungsgespräch.



Bitte fragen Sie uns, wenn Sie mehr darüber wissen wollen

Die wichtigsten Komplikationsmöglichkeiten haben wir im Merkblatt aufgeführt. Es gibt daneben eine Reihe seltener und seltenster sowie geringfügiger Risiken. Wir führen sie hier nicht auf, weil wir meinen, daß sie für Ihre Entscheidung nicht von ausschlaggebender Bedeutung sind.

Auch Voruntersuchungen, eine Vorbehandlung, die Nebeneingriffe (z. B. Einspritzungen oder Bluttransfusion) und die Nachbehandlung können mit Risiken verbunden sein. Wir beziehen auch sie in unsere Prüfung ein.

Das Aufklärungsgespräch

Wir können Ihnen in diesem Bogen nur einen allgemeinen Überblick geben. Auf die näheren Umstände des Leidens und auf die Bedeutung, die Vor- und Begleitkrankheiten sowie das Lebensalter für die Behandlung haben, gehen wir im Aufklärungsgespräch ein.

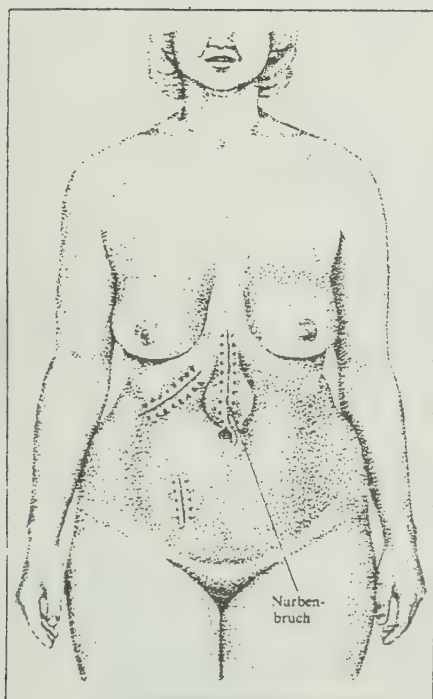
Wir sagen Ihnen in diesem Bogen und im Aufklärungsgespräch alles, was wir nach unserer ärztlichen Erfahrung für wesentlich halten. Bitte fragen Sie uns nach allem, was Ihnen wichtig erscheint.

Wir werden Sie nach dem Aufklärungsgespräch fragen, ob Ihnen die Aufklärung genügt. Wenn Sie dann keine Fragen mehr stellen, dürfen wir annehmen, daß Sie alles erfahren haben, was Sie wissen wollen.

Bitte helfen Sie uns

bei unseren Untersuchungen und bei der Behandlung

- durch die sorgfältige Beantwortung der Fragen, die wir Ihnen stellen,
- durch Hinweise auf die besondere Bedeutung etwaiger Komplikationen und Risiken, die sich z. B. aus Ihrer Berufstätigkeit ergeben kann.
- durch die gewissenhafte Beachtung unserer Hinweise für das Verhalten vor, bei und nach der Behandlung.



Narben-
bruch

Wir erbitten
Ihre Entscheidung

Bitte entscheiden Sie sich in der nachfolgenden Erklärung, ob Sie in den vorgeschlagenen Eingriff und die erforderlichen Nebeneingriffe einwilligen oder ob Sie Ihre Einwilligung versagen.

Besondere Umstände, die wir erst während eines Eingriffes feststellen, können zu einer Änderung oder Erweiterung zwingen. Bitte geben Sie Ihre Einwilligung auch dazu. Für den Patienten bedeutet es eine zusätzliche Belastung, wenn der Eingriff abgebrochen und später fortgesetzt werden muß. Es wäre dazu auch ein erneutes Betäubungsverfahren erforderlich.

1. Erklärung des Patienten nach dem Aufklärungsgespräch

Herr/Frau _____

hat mit mir heute anhand der Hinweise im Merkblatt und der Ergebnisse der Voruntersuchungen ein abschließendes Aufklärungsgespräch geführt. Ich konnte alle mich interessierenden Fragen stellen.

Ich habe keine weiteren Fragen ☐.

Oder

Bitte Zutreffendes ankreuzen
oder diesen Absatz streichen

Ich erbitte eine zusätzliche Aufklärung

über die Art ☐, Bedeutung ☐, Folgen ☐, Risiken ☐

☐ der Operation

☐ der Nebeneingriffe (z. B. Bluttransfusion)

Etwaige zusätzliche
Bemerkungen des Arztes

2. Einwilligungserklärung

Diesen Absatz durchstreichen,
falls die Einwilligung versagt
wird

Ich willige hiermit in die _____

einschließlich der erforderlichen Untersuchungen und Nebeneingriffe (z. B. Infusion, Bluttransfusion, Behandlung der Herz- und Lungenfunktion) ein. Ich bin mit Änderungen und Erweiterungen des Eingriffes einverstanden, die sich während der Operation als erforderlich erweisen.

Oder

Diese Zeile durchstreichen,
falls die Einwilligung
erteilt wird

Ich versage meine Einwilligung in den Eingriff.

Vermerk des Arztes über etwaige Beschränkungen der
Einwilligung (z. B. hinsichtlich Bluttransfusion):

Datum: _____

Unterschrift des Arztes

Unterschrift des Patienten
bzw. der Sorgeberechtigten

Dieses, nur als Beispiel eingefügte Merkblatt über die Operation eines Narbenbruchs nach Bauchoperation ist ebenfalls vom Klinikum Großhadern zur Verfügung gestellt worden.

7.4.2. Unterschied zu den Aufklärungsformularen der Gruppe I und II

Anders als die Aufklärungsformulare der Gruppe I enthalten die Aufklärungsformulare der Gruppe III nähere Ausführungen über die Art, den Verlauf und die möglicherweise eintretenden Nebenwirkungen des Eingriffs. Im Unterschied zur Gruppe II wird hier die Aufklärung nicht von den Fragen des Patienten abhängig gemacht. Angesichts der unter B 7.2.2. und 7.3.2. genannten Bedenken finden die Aufklärungsformulare der Gruppe III heute in größerem Umfang Anwendung. Hier sind vom perimed-Verlag bereits mehr als 300 Merkblätter entwickelt worden.

Hinsichtlich ihrer Wirksamkeit ergeben sich Bedenken insbesondere aus dem AGB-Gesetz (92). Dies wird im folgenden unter C dargestellt werden.

7.5. Gruppe IV der Aufklärungsformulare

Im Vergleich zu den Aufklärungsformularen der Gruppe I mit III werden die Aufklärungsbroschüren erheblich seltener verwandt (93). Soweit der Patient nach Lektüre der Aufklärungsbroschüre auf einem Formular bestätigt, daß er in die Vornahme des Ein-

92) Niebling, Ärztliche Formularaufklärung und AGBG, MDR 1982, 193

93) Jacob, Standardisierte Patientenaufklärung bei ärztlichen Heileingriffen, Jura 1982, 529 (530)

griffs einwillige, bestehen gegenüber den Aufklärungsformularen der Gruppe III keine Abweichungen. Durch die Inbezugnahme der Aufklärungsbroschüre versucht der Arzt im Prozeß über die erfolgte Aufklärung einschließlich ihres Umfangs Beweis zu führen. Auch hier ergeben sich die, unter C näher dargestellten Bedenken aus der Sicht des AGB-Gesetzes.

C Überprüfung der Wirksamkeit ärztlicher Aufklärungsformulare anhand des AGB-Gesetzes

1. Ärztliche Aufklärungsformulare als Allgemeine Geschäftsbedingungen

1.1. Definition Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Nach der Legaldefinition in § 1 AGBG sind Allgemeine Geschäftsbedingungen "alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluß eines Vertrages stellt", soweit die Vertragsbedingungen nicht im einzelnen zwischen den Parteien ausgehandelt sind.

1.2. Die Formulareinwilligung als "Vertragsbedingung"

1.2.1. Begriffsbestimmung

Uneinigkeit herrscht bei der Frage, ob die Formulareinwilligung des Patienten eine "Vertragsbedingung" im Sinne des § 1 AGBG darstellt.

Zur Beantwortung dieser Frage ist vom Begriff der "Vertragsbedingungen" auszugehen. Nach ganz herrschender Meinung sind darunter zunächst solche Bestimmungen zu verstehen, die den Inhalt eines Vertragsverhältnisses gestalten sollen, also Bestandteile eines zwischen dem Verwender und dem anderen Teil abzuschließenden zweiseitigen Rechtsgeschäfts werden sollen (94).

Demgegenüber stellt jedoch die Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff weder eine rechtsgeschäftliche Einwilligung i.S.d. § 183 BGB dar, also nicht die Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft, noch die Annahme eines Vertragsangebots. Als Ausfluß der Dispositionsbefugnis des Einzelnen über das höchstpersönliche Rechtsgut (95) der körperlichen Unversehrtheit ist sie vielmehr die von einem natürlichen Willen getragene Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen, die in den Rechtskreis des Gestattenden eingreifen, seine Güter verletzen oder mehr als erlaubt gefährden; die Einwilligung kann daher lediglich als geschäftsähnliche Erklärung bezeichnet werden, auf die die Vorschriften über Rechtsgeschäfte jedoch analog angewendet werden können (96).

1.2.2. Meinungsstand

Obwohl es der formularmäßigen Patienteneinwilligung somit sowohl an der Zweiseitigkeit mangelt, als auch das Merkmal der rechtsgeschäftlichen Erklärung fehlt, wird vielfach ihre Eigenschaft als

94) Heinrichs, der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 1505 (1506); Ulmer in UBH, AGB-Gesetz, § 1 Rz 9; Palandt, Heinrichs, § 1 AGBG Rz 2 a

95) Eser in Schönke/ Schröder, StGB, § 223 Rz 38

96) BGB NJW 1980, 1903; Palandt, Thomas § 823 Anm. 7, Larenz, Schuldrecht Besonderer Teil, § 71 I 1

"Vertragsbedingung" bejaht (97). Dies wird im wesentlichen damit begründet, daß der Begriff der "Vertragsbedingungen" auf diejenigen einseitigen Rechtsgeschäfte des Kunden auszudehnen ist, "die auf einer Vorformulierung des Verwenders beruhen und mit einem Vertrag zwischen Verwender und Kunden in Zusammenhang stehen" (98), so beispielsweise, wenn wirtschaftliche Verknüpfungen bestehen oder wenn die Erklärungen Vertragsbestimmungen enthalten oder auf sie Bezug nehmen (99). Denn durch einseitige Erklärungen des anderen Teils (Kunden/Patienten), die vom Verwender vorformuliert sind, wird in vergleichbarer, den Schutzgedanken des AGBG gleichermaßen rechtfertigender Weise in die Vertragsgestaltung eingegriffen, wie durch gestellte zweiseitige Vertragsbedingungen (100).

Gegen diese Auffassung wenden sich Laufs (101), Kuhnert (102)

97) Niebling, Ärztliche Formularaufklärung und AGBG, MDR 1982, 193 (194); Ulmer in UBH, § 1 Rz 11 ; Palandt/Heinrichs, § 1 AGBG Rz. 2 a, GRaBa in SCWG, § 9 Rz 39; Heinrichs, Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 1505 (1506)

98) So Ulmer in UBH § 1 Rz. 11 mw.Nachw.

99) OLG Frankfurt BB 1976, 1245 (1246); OLG Stuttgart JZ 1978, 759 (760); Palandt/Heinrichs, § 1 AGBG Rz. 2a; Trinkner in LWT, § 1 AGBG Rz. 7; Ulmer in UBH, § 1 Rz. 11 ; Ulmer, AGB-Gesetz und einseitig gesetzte Gemeinschaftsordnungen von Wohnungseigentümern, in: Festschrift für Weitnauer, 1980, S. 205 (213 FN 38); Niebling, Ärztliche Formularaufklärung und ABGB, MDR 1982, 193 (194)

100) Niebling, Ärztliche Formularaufklärung in ABGB, MDR 1982, 193 (194)

101) Laufs, Arztrecht, Rz. 73 FN 10

102) Kuhnert, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, S. 137 f.

Giesen (103) und Jacob (104). Die Unanwendbarkeit des AGBG auf die formularmäßige Einwilligungserklärung wird im wesentlichen damit begründet, daß diese "nicht Inhalt eines schuldrechtlichen Vertrages werden soll und weil es hier keine Rechtsvorschrift gibt, von der abgewichen werden kann (§ 8 AGBG). Daß sie keine Erklärung ist, die i.S.d. § 1 Inhalt eines Vertrages werden kann, ergibt sich auch daraus, daß sie stets widerruflich ist und daß ihre Gültigkeit nicht von der Geschäftsfähigkeit abhängt" (105).

1.2.3. Stellungnahme

Gegen die unter C 1.2.2. aufgeführten Meinungen ist zunächst einzuwenden, daß selbst eine teleologische Auslegung des Gesetzes nicht die Möglichkeit eröffnet, diese Erklärungen unter das Gesetz zu subsumieren.

Zum einen steht der klare Wortlaut entgegen: Eine Vertragsbedingung kann nur dann vorliegen, wenn der mit ihr bezweckte Rechtserfolg von (mindestens) zwei übereinstimmenden Willenserklärungen, mithin von einem Vertrag abhängt (106).

Zum anderen hat das Gesetz den Anwendungsbereich bewußt insoweit eingeengt, als es lediglich das Defizit des Vertragspartners des Verwenders an rechtsgeschäftlicher Einflußnahme auf die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrages im Interesse der Vertragsge-

103) Giesen, Arzthaftung im Umbruch (II). Die ärztliche Aufklärungspflicht in der Rechtsprechung seit 1974, JZ 1982, 391 ff. (400)

104) Jacob, Standardisierte Patientenaufklärung bei ärztlichen Heileingriffen, Jura 1982, 529 ff. (536)

105) Laufs, Arztrecht, Rz. 73 ff.

106) Dietlein, Kreditsicherung der Banken und das neue AGBG, JZ 1977, 637 (638); Stein, Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen Privatrechts, S. 61

rechtigkeit zu kompensieren sucht (107). Diese Zielsetzung des Gesetzes paßt nicht auf einseitige Erklärungen, denen "die Einseitigkeit der Festsetzung der rechtsgeschäftlichen Bedingungen wesenseigentümlich ist" (108)

Auch ist die Patienteneinwilligung stets frei widerruflich, entfaltet also keine Bindungswirkung, so daß die gesetzgeberische Intention des Schutzes vor mißbräuchlicher einseitiger Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit zumindest nicht unmittelbar zutrifft (109).

Soweit die unter C 1.2.2. genannten Autoren eine unmittelbare Anwendung des AGBG ablehnen, ist ihnen aus vorstehenden Gründen im Ergebnis zu folgen.

Ob es allerdings zutrifft, daß es bei der Formularaufklärung keine Rechtsvorschriften im Sinne des § 8 AGBG gibt, von denen abgewichen werden kann, ist an späterer Stelle zu prüfen. Hier ist lediglich festzustellen, daß das Argument aus § 8 AGBG -sein Zutreffen unterstellt- systematisch verfehlt ist. Denn diese Bestimmung setzt gerade das Vorhandensein von Allgemeinen Geschäftsbedingungen voraus. Lediglich die §§ 9 - 11 AGBG sind nicht anwendbar, die §§ 3 - 7 AGBG hingegen schon.

-
- 107) Dietlein, Kreditsicherung der Banken und das neue AGBG, JZ 1977, 637 (638); Stein, Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen Privatrechts, S. 61
- 108) Schippel/Brambring, AGB-Gesetz und notariell beurkundete Formularverträge, DNotZ 1977, 131 (140 FN 14)
- 109) Stein, Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen Vertragsrechts, S. 61; Schippel/Brambring, AGB-Gesetz und notariell beurkundete Formularverträge, DNotZ 1977, 131 (140); Dietlein, Kreditsicherung der Banken und das neue AGBG, JZ 1977, 637 (638); Dietlein/Rebmann, AGBG Aktuell, § 1 Rz. 3

1.3. Analoge Anwendung des AGBG

1.3.1. Meinungsstand

Stein (110), Dietlein (111), Schippel/Brambring (112), Weitnauer (113) und Schütte (114) lehnen eine analoge Anwendung bei isoliert-einseitigen Erklärungen - wie die Patienteneinwilligung -, die ausschließlich die Rechtssphäre des Erklärenden betreffen, ab, mit der Begründung, daß der Erklärende in diesen Fällen seine Gestaltungsfreiheit durch die Wahl des Formulars typischerweise selbst begrenze (115); die Einseitigkeit der Festsetzung der rechtsgeschäftlichen Bedingungen ist für einseitige Erklärungen eben wesenseigentümlich (116).

Ungehindert durch entgegenstehende Verpflichtungswirkungen könne der Erklärende die getroffene Entscheidung durch Widerruf beseitigen. Es fehle daher am Rechtsgrund für einen richterlichen Eingriff, weshalb eine Analogie ausscheiden müsse.

-
- 110) Stein, Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen Privatrechts, S.61/62
 - 111) Dietlein/Rebmann, AGBG Aktuell, § 1 Rz. 3
 - 112) Schippel/Brambring, AGB-Gesetz und notariell beurkundete Formularverträge, DNotZ 1977, 131 (140 FN 14)
 - 113) Ebenso Weitnauer, Fragen der Verantwortlichkeit des Arztes in zivilrechtlicher Sicht, DB 1981, Beilage Nr. 21, S. 5
 - 114) Schütte, Die Schweigepflichtentbindung in Versicherungsanträgen, NJW 1979, 592
 - 115) So Stein, Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen Privatrechts, S. 61 f.
 - 116) So Schippel/Brambring, AGB-Gesetz und notariell beurkundete Formularverträge, DNotZ 1977, 131 (131)

Demgegenüber tritt Schlosser (117) für eine analoge Anwendung des AGBG auf einseitige Rechtsgeschäfte wie auch auf rechtsgeschäftsähnliche Handlungen ein. Schlosser setzt lediglich voraus, daß das einseitige Rechtsgeschäft bzw. die geschäftsähnliche Handlung Bestandteile enthält, "die von demjenigen vorformuliert werden, demgegenüber die Erklärung abzugeben ist oder der sonst an ihrer Abgabe interessiert ist".

1.3.2. Stellungnahme

1.3.2.1. Voraussetzungen einer Analogie

Voraussetzung für eine Analogie zum AGBG ist das Vorliegen einer planwidrigen Lücke im Bezug auf einen, dem gesetzlichen Anwendungsbereich vergleichbaren Regelungssachverhalt (118).

Das Erfordernis des Vorliegens einer planwidrigen Lücke ist erfüllt. Der Gesetzgeber hat das Problem der einseitigen Erklärungen sowie der geschäftsähnlichen Handlungen nicht geregelt.

Die Vergleichbarkeit zwischen vorformulierten Vertragsbedingungen im Sinne von § 1 Abs. 1 AGBG und einseitigen rechtsgeschäftlichen Patienteneinwilligungen ist aus der Sicht des Gesetzeszwecks des AGBG zu prüfen.

-
- 117) Schlosser/Staudinger, § 1 AGBG Rz. 5; ebenso Hollmann, Formalarmäßige Erklärung über die Entbindung von der Schweigepflicht gegenüber Versicherungsunternehmen, NJW 1978, 2332
118) Vgl. statt vieler Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 354 ff.

1.3.2.2. Das gesetzgeberische Anliegen des AGBG

1.3.2.2.1. Der Mißbrauchsgedanke

Die Ansichten über den Gesetzeszweck des AGBG sind geteilt.

Überwiegend wird das gesetzgeberische Anliegen des AGBG darin gesehen, den einseitigen Mißbrauch der dem AGB-Verwender vom anderen Teil eingeräumten Vertragsgestaltungsfreiheit zu verhindern und letzteren vor unangemessenen Benachteiligungen zu schützen (119).

Ausgehend von diesem Gesetzeszweck ist eine analoge Anwendung des AGBG auf die Patienteneinwilligung nicht möglich. Denn hier besteht schon aus der Natur der Sache keine Verhandlungssituation, in der der Arzt eine Vertragsgestaltungsfreiheit einseitig mißbrauchen könnte. Die ärztliche Aufklärung und im Gefolg die Einwilligung des Patienten ist nicht Ausfluß vertraglicher Gestaltungsfreiheit. Die Aufklärung ist empirische Wissensmitteilung, die Einwilligung die rein tatsächliche Gestattung zur Vornahme des Heileingriffs. Über die Einwilligung kann nicht "verhandelt" werden. Ein einseitiger Mißbrauch scheidet mithin von vornherein aus.

119) Ulmer, AGB-Gesetz und einseitig gesetzte Gemeinschaftsordnungen von Wohnungseigentümern in: Festschrift für Weitnauer, 1980, S.205 (216); Ulmer in UBH, Einleitung Rz. 47/48; BGH NJW 1977, 624 (625); Dietlein/Rebmann, AGB Aktuell, Einleitung, S. 25; Koch/Stübing, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Kommentar zum AGBG, Einleitung Rz.49; Heinrichs, Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 1505 (1505); Jaeger, "Stellen" und "Aushandeln" vorformulierter Vertragsbedingungen, NJW 1979, 1569 (1573); ähnlich Schlosser/Staudinger, § 1 AGBG Rz. 29

Läßt somit der Mißbrauchsgedanke keine Analogie zu, fragt sich, ob der Gedanke des Mißbrauchs einseitig in Anspruch genommener Vertragsgestaltungsfreiheit das ausschließliche gesetzgeberische Anliegen ist.

1.3.2.2.2. Ablehnung des Mißbrauchsgedankens als ausschließliches gesetzgeberisches Regelungsanliegen

Die Vertreter der Mißbrauchstheorie lehnen eine Berufung auf die Vorschriften des AGBG für die Fälle nicht in vorformulierten Vertragsbedingungen zum Ausdruck kommender wirtschaftlicher oder intellektueller Unterlegenheit des Kunden ab (120).

Indes schützt das AGBG Verbraucher und Kaufleute in unterschiedlicher Stärke. Nach § 24 AGBG ist nämlich der Anwendungsbereich des Gesetzes eingeschränkt, sofern Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber einem Kaufmann verwendet werden, wenn der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört. Daraus ist ersichtlich, daß das Gesetz der unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit beider Personenkreise Rechnung trägt (121).

Gegen die Ausschließlichkeit des "Mißbrauchsgedankens" als einzi-

120) Ulmer in UBH, Einleitung Rz. 48; Palandt/Heinrichs, § 1 AGBG Rz. 29; Hensen, Das AGB-Gesetz, JA 1981, 133 (134)

121) Kötz in Münchener Kommentar, § 1 AGBG Rz. 2; BT-Drucksache 7/3919, S. 47; Stein, Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen Privatrechts, S. 35; in dieser Richtung kritisch auch Lieb, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen; Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 1978 (1978) S. 196 ff. (202)

ges gesetzgeberisches Motiv spricht auch die Bestimmung des § 1 Abs.2 AGBG, mit der das AGBG "ausgehandelte" Vertragsbedingungen der Kontrolle entzieht, selbst wenn eine sachliche Änderung nicht bzw. sogar eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Kunden eingetreten ist (122).

Besteht somit eine Mißbrauchsgefahr auch dann, wenn ein Vertragsschluß zu bestimmten, von einem Vertragspartner einseitig vorformulierten Bedingungen aufgrund sonstiger Einflußmöglichkeiten mit Willen des Kunden durchgesetzt wird, ist nicht ersichtlich, warum solche Bedingungen nach der "Mißbrauchstheorie" kontrollfrei bleiben sollen (123).

1.3.2.2.3. Der Gesichtspunkt der Schutzwürdigkeit

Entscheidende Aufschlüsse über das gesetzgeberische Anliegen lassen sich aus den, in § 1 AGBG enthaltenen gesetzlichen Begriffen "Stellen" und "Aushandeln" entnehmen.

122) Schlosser/Staudinger, § 1 AGBG Rz. 28; Ulmer in UBH, § 1 Rz. 26; Palandt/Heinrichs, § 1 AGBG Rz.4c; Jaeger, "Stellen und Aushandeln" vorformulierter Vertragsbedingungen, NJW 1979, 1569 (1572)

123) Lieb, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 1978 (1978) S. 196 ff. (202); Stein, Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen Privatrechts, S. 35 ff. Den Mißbrauchsgedanken ebenfalls ablehnend: Damm, Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privatrechtssystem, JZ 1978, 173 ff. (178); Schippel/Brambring, AGB-Gesetz und notariell beurkundete Formularverträge, DNotZ 1977, 131 (141)

"Stellen" bedeutet, daß der Verwender die von ihm bereits festgelegte Vertragsbestimmung der anderen Vertragspartei einseitig auferlegt, ein "Aushandeln" also unterbleibt (124).

Dieses Begriffsmerkmal wird von den Verfassern des Regierungsentwurfs mit der Erwägung begründet, daß in der Einseitigkeit der Auferlegung der innere Grund und Ansatzpunkt für die rechtliche Sonderbehandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber individuellen Abreden liege (125).

Demgegenüber findet das Begriffsmerkmal des "Aushandelns" und damit die Kontrollausnahme in § 1 Abs.2 AGBG seine Rechtfertigung darin, daß in diesen Fällen dem Vertragspartner die Möglichkeit der vertragsgestaltenden Einflußnahme offenstand, wobei gleichzeitig auf seine Selbstverantwortlichkeit in dieser Beziehung hingewiesen wird (126).

In der formell einseitigen Festlegung des Vertragsinhalts verbunden mit der Unterwerfung des anderen Vertragsteils unter vorgegebene Bedingungen "dokumentiert sich" - wie Schippel/Brambring (127) zutreffend ausführen - "die intellektuelle (geschäftliche), wirtschaftliche und auch organisatorische Überlegenheit des Verwenders". Zum Schutz der schwächeren Vertragsseite, deren Vertragsfreiheit auf die Abschlußfreiheit reduziert ist, will das Gesetz eine weitgehende einseitige Festschreibung des Vertrags-

124) Statt vieler nur Kötz in Münchener Kommentar, § 1 AGBG Rz. 10

125) BR-Drucksache 360/75, S. 15

126) BT-Drucksache 7/3919, S. 17 linke Spalte

127) Schippel/Brambring, AGB-Gesetz und notariell beurkundete Formularverträge, DNotZ 1977, 131 ff. (141)

inhalts ausgleichen (128).

Dieser Ausgangspunkt bei der Bestimmung des Gesetzeszwecks wird bestätigt durch den in den §§ 104 ff. BGB zum Ausdruck kommenden Grundsatz, daß ein funktionierender vertraglicher Ausgleich gegensätzlicher Interessen nur möglich ist, wenn die Beteiligten die Möglichkeit zur Selbstbestimmung haben (129). Dem mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen konfrontierten Vertragspartner fehlt es aber typischerweise aufgrund der intellektuellen und/oder wirtschaftlichen Unterlegenheit an dieser Selbstbestimmungsfreiheit (130), seinem Handeln mithin an der erforderlichen Eigenverantwortlichkeit (131).

Somit kann zunächst festgehalten werden, daß das gesetzgeberische Anliegen auch - wenn auch nicht notwendig ausschließlich - der Schutz des intellektuell, wirtschaftlich oder organisatorisch unterlegenen Vertragspartners des Verwenders ist.

128) So auch MWolf, Individualvereinbarung im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 1937 ff. (1939 linke Spalte), wenn er ausführt, daß das AGBG die Funktion des Vertrages als Instrument zur selbstbestimmten Vertragsgerechtigkeit versteht, daß die wirtschaftliche und intellektuelle Überlegenheit den Gesetzgeber zur Schaffung eines verstärkten Schutzes veranlaßt hat (S.1942 linke Spalte)

129) Nicklisch, Zum Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, BB 1974, 941 (942)

130) Ähnlich Lindacher, Kenntnismöglichkeit und Kenntnismengeobliegenheit bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1981, 131

131) Brandner, Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 162 (1962) 237 ff. (248); Wolf, Gesetz und Richterrecht bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1974, 465 (469)

1.3.3. Zwischenergebnis

Danach ist es gerechtfertigt, die formularmäßige Patienteneinwilligung in entsprechender Anwendung von § 1 AGBG als "Vertragsbedingung" zu behandeln (132) und - im Ergebnis - der Auffassung von Schlosser (vgl. C. 1.3.1.) zu folgen.

Denn aufgrund des "Informationsvorsprungs" ist der Patient dem Arzt intellektuell unterlegen. Er ist im Regelfall gar nicht in der Lage, die möglichen Komplikationen einer ärztlichen Behandlung zu durchschauen. Den Informationsvorsprung des Arztes abzubauen, ist dem Patienten nicht möglich; ihm fehlt es an jeglicher Möglichkeit, sich die fallspezifische Kenntnis zu beschaffen. Bedingt durch diese Umstände besteht für ihn keine Einflußmöglichkeit. Seinem "Ausgeliefertsein" steht die "Mächtigkeit" des Arztes gegenüber.

Auch die jederzeitige Widerruflichkeit der Einwilligung steht einer analogen Anwendung nicht entgegen. Zum einen wird nur ein "Wissender", d.h. aufgeklärter Patient von seinem Widerrufsrecht Gebrauch machen, zum anderen findet das AGBG - wie Niebling zutreffend ausführt (133) - auch auf frei widerrufliche Erklärungen Anwendung, wie z.B. auf die materielle Einigungserklärung im Sinne von § 873 BGB.

1.4. Der Begriff des "Stellens"

Weiter setzt § 1 Abs.1 AGBG voraus, daß die vorformulierten Ver-

132) So auch Schlosser/Staudinger, § 1 AGBG Rz.5; Hollmann, Formularmäßige Erklärung über die Entbindung von der Schweigepflicht gegenüber Versicherungsunternehmen, NJW 1978, 2332
133) Niebling, Ärztliche Formularaufklärung und AGB-Gesetz, MDR 1982, 193 (194/195 FN 10)

tragsbedingungen bei Abschluß des Vertrages von einer Partei (dem Verwender) der anderen gestellt werden.

Insofern ist fraglich, ob die mit der Formularaufklärung in Zusammenhang stehende Patientenerklärung vom Arzt/Krankenhaus "gestellt" wird. Denn ein "Aushandeln" als Gegensatz zum "Stellen" kommt hier naturgemäß nicht in Betracht. Niebling (134) bejaht dies mit dem schlichten Satz: "Ärztliche Aufklärungsformulare sind dem Patienten einseitig auferlegt, d.h. gestellt".

Nach herrschender Meinung bedeuten "Stellen" das einseitige Auflegen vorformulierter Vertragsbedingungen durch den Verwender gegenüber dem anderen Teil (135). Damit wird die Grenze zur privatautonomen Teilhabe an der Vertragsausgestaltung gezogen, die nach § 1 Abs. 2 AGBG vorliegt, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind (136). Versteht man das Verhältnis von § 1 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 AGBG dergestalt, daß Vertragsbedingungen immer dann gestellt sind, wenn es an den Voraussetzungen des Abs. 2 fehlt (137), so liegt es schon im Wesen der Patientenerklärung, daß ein "Aushandeln" nicht möglich ist.

134) Niebling, Ärztliche Formularaufklärung und AGB-Gesetz, MDR 1982, 193 (194 f.)

135) Ulmer in UBH, § 1 Rz 8; Schippel/Brambring, AGB-Gesetz und notariell beurkundete Formularverträge, DNotZ 1977, 131 (145); Palandt/Heinrichs, § 1 AGBG Rz. 2 d; Heinrichs, Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 1505 (1507); Löwe in LWT, § 1 Rz. 12; Dietlein/Rebmann, AGB Aktuell, § 1 Rz. 6

136) Heinrichs, Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 1505 (1507)

137) Vgl. nur Kötz in Münchener Kommentar, § 1 AGBG Rz. 10

Bedenken aus dem Schutzzweck des AGBG bestehen insofern, als ein Eingriff in die Selbstbestimmungsfreiheit bei der Vertragsgestaltung voraussetzt, daß die Vertragsbestimmung ihrer Natur nach einer Abänderung überhaupt zugänglich ist. Auf eine abstrakte Abänderungsfähigkeit der Vertragsbestimmung kann es jedoch nicht ankommen. Dies folgt schon aus § 11 Nr.15 AGBG, der einseitig auferlegte Tatsachenbestätigungen dem Begriff des "Stellens" unterwirft. Über Tatsachen zu verhandeln bzw. Tatsachen "aushandeln" zu wollen, ist unmöglich. Zutreffend weist Schlosser (138) darauf hin, daß das eigentliche Regelungsanliegen dieses Begriffsmerkmals darin bestehe, "den Verwender von AGB von seinem zu schützenden Vertragspartner abzugrenzen".

Nach der Rechtsprechung des BGH (139) muß es zwar grundsätzlich einer Individualvereinbarung i.S.d. § 1 Abs.2 AGBG gleichstehen, d.h. ein Stellen im Sinne des § 1 Abs.1 AGBG ist nicht gegeben, wenn der "Verwender" dem Kunden die vom dispositiven Recht abweichende Vertragsregelung mit Hilfe eines kurzen, übersichtlich gestalteten Vordrucks so deutlich vor Augen führt, daß sie dem Kunden auch ohne besondere Aufmerksamkeit schlechterdings nicht entgehen kann.

Diesen Voraussetzungen werden die ärztlichen Aufklärungsformulare nicht gerecht. Denn die Vordrucke umfassen oft mehrere volle DIN A 4-Seiten; von einem kurzen Hinweis kann daher nicht mehr die Rede sein.

1.5. Begriff des "Verwenders" und des "anderen Teils"

138) Schlosser/Staudinger, § 1 AGBG Rz. 19

139) BGHZ 61, 17 (21); BGH WM 1978, 791

1.5.1. Der "Verwender"

1.5.1.1. Definition

Nach der Begriffsbestimmung in § 1 Abs.1 AGBG ist "Verwender" diejenige Vertragspartei, die der anderen Vertragspartei bei Abschluß eines Vertrages vorformulierte Vertragsbedingungen stellt.

Ausgehend von dieser Legaldefinition kann Verwender also nur sein, wer auch Vertragspartner sein soll. Konsequenz führen Koch/Stübing aus, daß "Verwender nur sein kann, wer Partei des Einzelvertrages zu werden gedenkt" (140).

Für die Eigenschaft als "Verwender" wird nicht vorausgesetzt, daß es sich bei den vorformulierten Erklärungen um die eigenen Vertragserklärungen handelt. Dies ergibt sich aus § 10 Ziff. 1 AGBG; in diesem Fall benutzt der Kunde Antragsformulare des Verwenders für seine Angebotserklärung (141).

Kommt es somit für die Eigenschaft als Verwender darauf an, wer Vertragspartner des Behandlungsvertrages ist, ist eine Differenzierung nach den verschiedenen Arztverträgen erforderlich.

Anders hingegen Niebling (142), der die Person des Verwenders ärztlicher Aufklärungsformulare nach Sinn und Zweck dieser Formulare zu bestimmen sucht. Niebling kommt bei dieser Frage zu

140) Koch/Stübing, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Kommentar zum AGBG, § 1 Rz.17; ebenso Schlosser/Staudinger, § 13 AGBG Rz.35

141) Koch/Stübing, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Kommentar zum AGBG, § 1 Rz.17; ebenso Schlosser/Staudinger, § 13 AGBG Rz.35

142) Niebling, Ärztliche Formularaufklärung und AGB-Gesetz, MDR 1982, 193 (195)

dem Ergebnis, daß Verwender zum einen der Vertragspartner des Patienten ist, daneben aber auch der behandelnde Arzt, selbst wenn er nicht Vertragspartner des Patienten ist.

Diese Auffassung begründet Niebling unter Berufung auf das Urteil des OLG Stuttgart vom 14.3.1980 (143), das zum Begriff des Verwenders im Sinne von § 13 Abs.1 AGBG ausführt, daß Verwender nicht nur derjenige ist, "in dessen Namen der vorformulierte Vertrag geschlossen werden soll, sondern auch, wer als Vermittler die Vereinbarungen vorformulierter Bedingungen veranlaßt, wenn er dies auch in eigenem Interesse tut".

Mit dieser Begründung und dem Argument, daß die Aufklärungsformulare der Abwehr gegen den Arzt gerichteter Haftungsansprüche dienen, begründet Niebling die Verwendereigenschaft des Arztes.

Der Ansicht Nieblings kann jedoch der Begründung nach nicht gefolgt werden. Indem sich Niebling auf das oben zitierte Urteil des OLG Stuttgart beruft, welches den Begriff des Verwenderes lediglich im Sinne von § 13 Abs.1 AGBG definiert hat, übersieht er, daß der Begriff des Verwenders im Sinne von § 1 Abs.1 AGBG und im Sinne von § 13 Abs.1 AGBG nicht identisch ist. Im Rahmen der konkret-vertraglichen Kontrollweise ist die Person des Verwenders allein nach der Person des Vertragspartners zu bestimmen (144). Anders hingegen im Rahmen der Verbandsklage nach § 13 AGBG. Hier wird der Kreis der "Verwender" in personeller Hinsicht anders und - meistens - weiter gefaßt (145).

143) OLG Stuttgart NJW 1980, 1583

144) Gerlach in Münchener Kommentar, § 13 AGBG Rz.19; im Ergebnis wohl auch Schlosser/Staudinger, § 13 AGBG Rz.35; Palandt/Heinrichs § 13 AGBG Rz.2 c

145) Gerlach in Münchener Kommentar, § 13 AGBG Rz.19; im Ergebnis wohl auch Schlosser/Staudinger, § 13 AGBG Rz.35; Palandt/Heinrichs § 13 AGBG Rz.2 c

Ferner läßt Niebling außer Acht, daß -anders als im Wettbewerbsrecht - eine Ausdehnung der Passivlegitimation des Gehilfen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht anerkannt werden kann, weil dies über den Wortlaut des Gesetzes, das den Begriff des "Verwendens" in den Vordergrund stellt, hinausgehen würde (146).

1.5.1.2. Die Person des "Verwenders" im Rahmen der verschiedenen Behandlungsvertragstypen

1.5.1.2.1. Rechtslage beim Privatpatienten

1.5.1.2.1.1. "Einfacher" Behandlungsvertrag

Beim einfachen Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patient, den die ganz herrschende Meinung dienstvertraglichen Regeln zuordnet (s. B 4.2.1.1.), ist der Arzt als der Vertragspartner des Patienten auch "Verwender" im Sinne von § 1 Abs.1 AGBG.

1.5.1.2.1.2. Totaler Krankenhausaufnahmevertrag

Beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag (s. hierzu B 4.2.1.2.) ist der einzelne Krankenhausarzt nicht Vertragspartner des Patienten, kann also nach der unter C 1.5.1.1. wiedergegebenen Definition nicht "Verwender" des Aufklärungsformulars sein. "Verwender" im Sinne von § 1 Abs.1 AGBG ist vielmehr ausschließlich der Krankenhausträger.

146) Schlosser/Staudinger, § 13 AGBG Rz.35; Gerlach in Münchener Kommentar, § 13 AGBG Rz.19

Die Rechtsordnung erlaubt -wie auch § 328 BGB ersichtlich- Vereinbarungen zugunsten Dritter. Solche drittbegünstigende Vereinbarungen können auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sein (147). Zwar ist die Patienteneinwilligung kein Rechtsgeschäft, sondern lediglich eine geschäftsähnliche Handlung, jedoch ist anerkannt, daß auf diese die Vorschriften über Rechtsgeschäfte entsprechend anzuwenden sind.

Das Vorliegen einer Vereinbarung zugunsten Dritter ändert jedoch an den Vertragsparteien nichts. Es bleibt daher festzuhalten, daß beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag "Verwender" allein der Krankenhausträger ist, der Arzt hingegen der begünstigte Dritte.

1.5.1.2.1.3. Der totale Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag

Hier bestehen - wie unter B 4.2.1.3. bereits dargestellt - zwei Vertragsverhältnisse nebeneinander, woraus eine doppelte Verwenderstellung folgt: "Verwender" ist zum einen das Krankenhaus, zum anderen der durch den Zusatzvertrag verpflichtete Arzt. Gegenüber dem, unter C 1.5.1.2.1.1. dargestellten "einfachen" Behandlungsvertrag bestehen daher insofern keine Besonderheiten.

1.5.1.2.1.4. Der gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag

Soweit das Krankenhaus beim gespalteten Krankenhausaufnahmevertrag (s. hierzu B 4.2.1.4.) im Einzelfall auch ärztliche Heilbehandlung schuldet, z.B. Verabfolgung von Medikamenten, Bluttrans-

147) Schlosser/Staudinger, § 2 AGBG Rz.44 m.w.Nachw.

fusionen u.a. (148), hat dies auf die Frage, wer "Verwender" der Aufklärungsformulare ist, keinen Einfluß. Wie beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag ist sowohl der Krankenhausträger als auch der behandelnde Arzt "Verwender" im Sinne von § 1 Abs.1 AGBG.

1.5.1.2.1.5. Krankenhausaufnahmevertrag mit gesondert zu liquidierenden Arztleistungen als Wahlleistung gem. § 6 Satz 4 BPflV

Auch bei dieser Vertragsgestaltung ist der Krankenhausträger neben dem Chefarzt dem Patienten gegenüber zur fehlerfreien Erbringung aller ärztlichen Leistungen im Zusammenhang mit dem Krankenhausaufenthalt und der ärztlichen Betreuung des Patienten verpflichtet; hat der selbst liquidationsberechtigte Chefarzt schuldhaft einen ärztlichen Behandlungsfehler begangen, dann haftet der Krankenhausträger für ihn als Erfüllungsgehilfe vertraglich für die daraus entstandenen Körperschäden des Patienten (s. hierzu B 4.2.1.5.). Dies bedeutet, daß - wie beim totalen Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag - eine doppelte "Verwender"-Stellung besteht: Sowohl das Krankenhaus wie auch der Arzt ist Verwender.

1.5.1.2.2. Rechtslage beim Kassenpatienten

1.5.1.2.2.1. Darstellung der bestehenden Rechtsbeziehungen

148) Bunte, Gedanken zum Krankenhausvertrag - de lege lata - de lege ferrenda, JZ 1982, 279 (280); Schlosser/Staudinger, § 2 AGBG Rz.44 m.w.Nachw.

Im folgenden ist zu untersuchen, ob sich an der Person des "Verwenders" eine Änderung ergibt, wenn nicht ein Privatpatient, sondern ein Kassenpatient zu behandeln ist.

Der Kassenpatient steht zur Krankenkasse in einem öffentlich-rechtlichen Mitgliedschaftsverhältnis (vgl. §§ 179, 182 RVO). Nach § 182 Abs.1 RVO sind die Krankenkassen ihren Mitgliedern nicht zur Gewährung von finanziellem Ersatz verpflichtet; vielmehr gilt das sog. Natural- oder Sachleistungsprinzip (149). Da die Krankenkassen diese Pflicht zur ärztlichen Behandlung und Versorgung mit Arznei regelmäßig nicht "in persona" erfüllen können (150), halten sie eine ausreichende Anzahl von Ärzten unter Vertrag und bezahlen sie aus den Mitgliedsbeiträgen.

Die Krankenkassen schließen jedoch mit den einzelnen Kassenärzten keinen bürgerlich-rechtlichen Einzeldienstvertrag, wodurch dieser zur Behandlung der Kassenmitglieder verpflichtet würde. Die Kassenärzte eines Landes sind in der Kassenärztlichen Vereinigung, eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts, zwangsweise zusammengeschlossen (§ 368 k RVO).

Diese Kassenärztliche Vereinigung hat die den Krankenkassen nach § 182 RVO obliegende Versorgung sicherzustellen und den Krankenkassen gegenüber die Gewähr dafür zu übernehmen, daß die kassenärztliche Versorgung den gesetzlichen und vertraglichen Erfordernissen entspricht (§ 368 n Abs.1 RVO).

Der einzelne Kassenarzt steht somit zur jeweiligen Krankenkasse in keiner unmittelbaren vertraglichen Beziehung. Dies bedeutet, daß er von der Krankenkasse nichts verlangen, diese wiederum ihn

149) Deutsch/Geiger, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S.1061

150) Eberhardt, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), 289 (291)

zur Behandlung ihrer Kassenmitglieder nicht anhalten kann.

Der einzelne Kassenarzt ist vielmehr gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung zur kassenärztlichen Versorgung verpflichtet (§ 368 a Abs.4 RVO). Diese Verpflichtung kann die Kassenärztliche Vereinigung notfalls per Disziplinalgewalt durchsetzen (§ 368 n Abs.1 Satz 1 i.V.m. § 368 m Abs.4 RVO).

Zwischen der Krankenkasse und der Kassenärztlichen Vereinigung besteht wiederum ein "öffentlich-rechtlicher Gesamtvertrag" (151) (vgl. §§ 368, 368 n, 368 g RVO).

Das Verhältnis Kassenarzt - Kassenpatient ist, wie das Bundesverfassungsgericht es ausgedrückt hat, in ein "subtil öffentlich-rechtliches System" eingeordnet (152). Der Kern der Rechtsproblematik des Verhältnisses Kassenarzt - Kassenpatient wurzelt in § 368 d Abs.4 RVO, der bestimmt:

"Die Übernahme der Behandlung verpflichtet den Kassenarzt und den beteiligten Arzt dem zu Behandelnden gegenüber zur Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts".

Hinsichtlich Bedeutung und Tragweite dieser Vorschrift werden unterschiedliche Auffassungen vertreten (153). Teilweise wird in der Vorschrift des § 368 d Abs.4 RVO nur eine gesetzliche "Klarstellung" des Inhalts gesehen, daß das Vertragsverhältnis zwischen Kassenarzt und Kassenpatient gleichermaßen wie das zwischen Privatpatient und Arzt als privatrechtlicher Dienstvertrag zu

151) Eberhardt, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), 289 (292)

152) BVerfG NJW 1960, 715

153) Vgl. zum Meinungsstand Eberhardt, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971). 289 (292/293)

qualifizieren ist (154).

Andere wollen das Verhältnis Kassenarzt - Kassenpatient als "faktisches Vertragsverhältnis" wie ein bürgerliches Vertragsverhältnis behandeln (155).

Weniger weitgehend ist die Ansicht, die den Kassenpatienten aus § 368 d RVO gegenüber dem Kassenarzt lediglich einen gesetzlichen Schadenersatzanspruch für sorgfaltswidriges ärztliches Verhalten einräumen will (156).

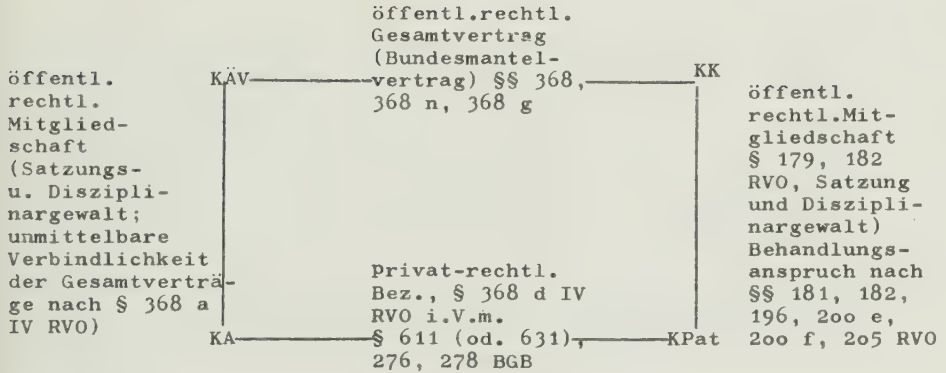
1.5.1.2.2.2. Zusammenfassendes Schaubild über die bestehenden Rechtsbeziehungen

Ehe im folgenden zu klären ist, wer im Verhältnis zum Kassenpatienten als "Verwender" anzusehen ist, soll vorweg zum besseren Verständnis das diffizile Vierecksystem Kassenarzt - Kassenärztliche Vereinigung - Krankenkasse - Kassenpatient nochmals anhand eines Schaubildes dargestellt werden.

154) Vgl. die Hinweise bei Eberhardt, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), 289 (292)

155) Vgl. die Hinweise bei Eberhardt, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), 289 (293)

156) Vgl. die Hinweise bei Eberhardt, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), 289 (293)



1.5.1.2.2.3. Totaler Krankenhausaufnahmevertrag

Keine abweichende Beurteilung gegenüber der Rechtslage des Privatpatienten ergibt sich für den Kassenpatienten beim sog. totalen Krankenhausaufnahmevertrag. Nach ganz herrschender Meinung kommt bei dieser Vertragsart ebenfalls kein Vertrag zwischen Kassenpatient und Krankenanstalt zustande, sondern ein Behandlungsvertrag zwischen Krankenkasse und Krankenhaus, aus dem der Patient gemäß § 328 BGB einen unmittelbaren Leistungsanspruch gegen das Krankenhaus erhält (157).

Nach §§ 368 g Abs. 4, 371 RVO schließen die Krankenkassen mit den Krankenanstalten Einzelverträge ab und mit Eberhardt (158) kön-

157) BGH VersR 1955, 49 (50); BGH NJW 1959, 816; BGH NJW 1969, 553; Eberhardt, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), 289 (298)

158) Eberhardt, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), 289 (298)

nen diese Vereinbarungen konstruktiv als "zivilrechtliche Rahmenverträge" bezeichnet werden, "durch die der Inhalt der mit der jeweiligen Einweisung entstehenden Einzelverträge festgelegt wird".

Wie beim Privatpatienten ist auch hier alleiniger "Verwender" die Krankenanstalt.

1.5.1.2.2.4. Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag und gespaltener Krankenhausaufnahmevertrag

Ebenfalls unberührt bleibt die Stellung der Krankenanstalt als "Verwender" beim Krankenhausaufnahmevertrag mit ärztlichem Zusatzvertrag wie auch beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag.

Es wurde bereits dargestellt, daß bei diesen Vertragsgestaltungen mit einem Privatpatienten der behandelnde Arzt ebenfalls als "Verwender" anzusehen ist. Ob diese Beurteilung auch beim Kassenpatienten zutrifft, soll im folgenden am Verhältnis Kassenarzt - Kassenpatient dargestellt werden. Das hier gewonnene Ergebnis kann auf den gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag und auf den Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag entsprechend übertragen werden, da in diesen Fällen gleiche Grundsätze gelten.

1.5.1.2.2.5. Die Person des "Verwenders" im Kassenarzt - Kassenpatient - Verhältnis

1.5.1.2.2.5.1. Rechtsnatur der zwischen Kassenarzt und Kassenpatient bestehenden Beziehungen nach herrschender Meinung

Dreh- und Angelpunkt bei der Frage, ob der Kassenarzt als "Ver-

wender" der vorformulierten Patienteneinwilligung anzusehen ist, ist die Einordnung des zwischen Kassenarzt und Kassenpatient bestehenden Rechtsverhältnisses.

Sieht man, wie es die vorherrschende Meinung tut (159), in § 368 d Abs. 3 RVO nur eine gesetzliche Klarstellung des Inhalts, daß das zwischen Kassenarzt und Kassenpatient bestehende Verhältnis ebenfalls als bürgerlich-rechtlicher Dienstvertrag anzusehen ist, so kommt man zwangsläufig zu dem Ergebnis, daß auch hier der Kassenarzt als "Verwender" der formularmäßigen Einwilligungserklärung anzusehen ist.

1.5.1.2.2.5.2. Stellungnahme

Es bestehen jedoch erhebliche Bedenken, ob diese Betrachtungsweise der vorherrschenden Meinung mit dem "subtil öffentlich-rechtlichen System" des Krankenkassenwesens vereinbar ist. Weder der Wortlaut des § 368 d Abs. 4 RVO, noch die amtliche Begründung geben Anlaß für eine solche Auslegung.

Der Wortlaut des § 368 d Abs. 4 RVO "Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts" spricht bei unbefangener Betrachtungsweise eher für eine Folgenverweisung auf den Haftungsmaßstab des Bürgerlichen Rechts als für eine schlecht formulierte "Klarstellung" des Gesetzgebers (160).

Nach der amtlichen Begründung (161) hat § 368 d Abs. 4 RVO eine

159) Laufs, Arztrecht, Rz. 18; Palandt/Putzo, vor § 611 Rz.2 a) bb)

160) Eberhardt, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), 289 (300)

161) BT-Drucksache 1952 Nr. 3904 (erste Wahlperiode), S. 20 und Nr. 82 (zweite Wahlperiode), S. 20

Klarstellungsfunktion gegenüber Zweifeln in der Rechtsprechung dahingehend, "daß durch die Übernahme der Behandlung der Kassenarzt dem Versicherten gegenüber in gleicher Weise zur Sorgfalt verpflichtet wird wie gegenüber dem in Anspruch nehmenden Privatpatienten".

In Gefolg dieser amtlichen Begründung nimmt Eberhardt (162) eine Analyse der Rechtsstellung vor, die dem Kassenpatienten unter dem früheren System im Vergleich zum Privatpatienten eingeräumt worden war. Da nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts (163) der Kassenpatient über den Weg des § 328 BGB Behandlungs- und Sorgfaltsansprüche gegen den Kassenarzt hatte, kommt Eberhardt zu dem Ergebnis, daß die in der amtlichen Begründung angeführten "Zweifel" sich "nur auf die Dreieckskonstruktion über § 328 BGB beziehen" können (164).

Gegen die herrschende Meinung spricht ferner, daß für ein unmittelbares bürgerlich-rechtliches Vertragsverhältnis zwischen Kassenpatient und Kassenarzt mit der Folge wechselseitiger Pflichten und Rechte kein erkennbares Bedürfnis besteht (165).

Aufgrund des sog. Natural- oder Sachleistungsprinzips des § 182 Abs.1 Nr.1 RVO hat der Kassenpatient gegenüber der Krankenkasse einen Anspruch auf ärztliche Behandlung und Versorgung mit Arzneien, den die Krankenkassen aufgrund des mit der Kassenärztlichen Vereinigung bestehenden öffentlich-rechtlichen Gesamtvertrages dergestalt erfüllen, daß letztere die in ihr zusammengeschlossenen Kassenärzte dem Kassenpatienten zur Verfügung stellt.

§

-
- 162) Eberhardt, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), 289 (294 ff.)
- 163) Eberhardt, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), 289 (296 mit FN 23)
- 164) Eberhardt, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), 289 (296)
- 165) So auch Eberhardt, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), 289 (297)

Der Kassenpatient hat also bereits einen Anspruch auf ärztliche Versorgung "in natura", so daß es eines weiteren Vertragsverhältnisses zwischen ihm und dem Kassenarzt nicht bedarf. Der Kassenarzt seinerseits erfüllt mit der Durchführung der Behandlung die ihm gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung bestehende Pflicht zur kassenärztlichen Versorgung (§ 368 a Abs.4 RVO).

Der Annahme eines Vertragsverhältnisses bedarf es auch hier nicht, da der Kassenarzt unmittelbar einen Vergütungsanspruch gegen die kassenärztliche Vereinigung hat, die wiederum die alleinige Gläubigerin des Vergütungsanspruchs gegenüber der Krankenkasse ist.

In einer solchen Situation einen auf Abschluß eines Rechte und Pflichten begründenden Vertrages gerichteten Rechtsbindungswillen des Kassenpatienten bzw. des Kassenarztes annehmen zu wollen, kann nur über eine Fiktion erreicht werden.

Weitere Bedenken gegen die rechtliche Konstruktion der herrschenden Meinung sieht Eberhardt in der Kollision im Falle der Vertragsanfechtung nach den §§ 119 ff. BGB mit der öffentlich-rechtlich ausgestalteten Regelung des kassenärztlichen Honoraranspruchs sowie im Falle des Arztwechsels (166).

Als weiteres Argument gegen die herrschende Meinung führt Eberhardt ins Felde, daß nach der "Vertragslösung" Geschäftsfähigkeit des Kassenpatienten vorauszusetzen ist (167).

166) So auch Eberhardt, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), 289 (299/300)

167) So auch Eberhardt, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), 289 (299/300)

1.5.1.2.2.5.3. Lösungsvorschlag

Sachgerecht und der öffentlich-rechtlichen Natur des Kassenwesens Rechnung tragend, ist vielmehr folgender Lösungsweg: Der Kassenpatient hat aufgrund seiner öffentlich-rechtlichen Mitgliedschaft gegenüber der Krankenkasse einen Anspruch auf ärztliche Versorgung. Die Krankenkasse wiederum hat aufgrund des öffentlich-rechtlichen Gesamtvertrages gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung Anspruch darauf, daß sie einen mit ihr in öffentlich-rechtlicher Zwangsmitgliedschaft verbundenen Kassenarzt die ärztliche Versorgung durchführen läßt.

Da somit zwischen der Krankenkasse und dem Kassenarzt unmittelbar keine vertragliche Beziehung besteht, kann auch kein Vertrag zugunsten des Kassenpatienten gemäß § 328 BGB zwischen Krankenkasse und Kassenarzt angenommen werden (168). Auch der Gesamtvertrag zwischen Kassenärztlicher Vereinigung und Krankenkasse begründet keinen Anspruch des Kassenpatienten gemäß § 328 BGB gegen den Kassenarzt, da er öffentlich-rechtlicher Natur ist und keine Verpflichtung des Kassenarztes begründet; diese Verpflichtung entsteht vielmehr erst infolge der Zulassung zum ordentlichen Mitglied der Kassenärztlichen Vereinigung. So hat § 368 d Abs. 4 RVO die Funktion, dem Kassenpatienten gegenüber dem Kassenarzt einen Anspruch auf Beachtung und Einhaltung der nach Vertragsgrundsätzen geltenden Sorgfaltspflichten einzuräumen (169).

1.5.1.2.2.6. Zwischenergebnis

168) Eberhardt, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), 289 (305)

169) Im Ergebnis ebenso Eberhardt, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), 289 (307 ff.)

Da der Kassenarzt -wie festgestellt- nicht Vertragspartner des Kassenpatienten ist, kann zunächst gefolgert werden, daß er auch nicht "Verwender" ist. "Verwender" ist vielmehr die Krankenkasse als der ausschließliche Vertragspartner des Kassenpatienten.

Da das Rechtsverhältnis zwischen Krankenkasse und Kassenpatient auf einer öffentlich-rechtlichen Mitgliedschaft beruht, der Inhalt dieses öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnisses unmittelbar durch Gesetz und Satzung festgelegt ist, scheidet jedoch eine Anwendung des AGBG aus; denn das AGBG gilt nur für vorformulierte Bedingungen zu privatrechtlichen Verträgen (170).

Von dem vorgefundenen Ergebnis der mangelnden Anwendbarkeit des AGBG ist jedenfalls für die Fälle eine Ausnahme zu machen, in denen es sich um eine Ersatzkasse handelt, die ihre Rechtsbeziehung zum Ersatzkassenpatienten nicht durch Satzung, sondern durch Vertragsbedingungen regelt. Zwar sind auch die Ersatzkassen rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts; jedoch findet das AGBG auch gegenüber öffentlich-rechtlichen Körperschaften Anwendung, solange und soweit diese sich bei der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zum Bürger privatrechtlicher Formen bedienen (171).

Das vorgefundene Zwischenergebnis ist der Sache nach nicht haltbar. Es besteht kein sachlich einleuchtender Grund, warum der Arzt beim "einfachen" Behandlungsvertrag, Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag und beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag im Falle der Behandlung eines Privatpatienten als "Verwender"

170) Kötz in Münchener Kommentar, § 1 AGBG Rz. 3; Schlosser/Staudinger, § 1 AGBG Rz. 2; Palandt/Heinrichs, § 1 AGBG Rz. 1

171) BGH VersR 1977, 446; Palandt/Heinrichs, § 1 AGBG Rz. 1; Schlosser/Staudinger, § 1 AGBG Rz. 3; Schmid/Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, F 249

ärztlicher Aufklärungsformulare anzusehen ist, im Falle der Behandlung eines Kassenpatienten hingegen nicht. In beiden Fällen ist er dem Patienten gegenüber zur Aufklärung verpflichtet. Der einzige Unterschied besteht in den Rechtsbeziehungen zwischen Arzt und Patient.

Dieser Unterschied verliert aber durch die Vorschrift des § 368 d Abs.4 RVO an Gewicht, da diese Vorschrift bestimmt, daß der Arzt auch gegenüber dem Kassenpatienten zur Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts verpflichtet ist. M.a.W. besteht auch hier eine vertragsähnliche Beziehung zwischen Patient und Arzt, die es rechtfertigt, letzteren in analoger Anwendung von § 1 Abs.1 AGBG als "Verwender" anzusehen.

Eine solche extensive Auslegung des Vertragsbegriffs i.S.d. § 1 Abs.1 AGBG auf vertragsähnliche Rechtsbeziehungen ist mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen vereinbar. Denn auch anderweitig werden Vertragsbeziehungen regelnde Bestimmungen auf vertragsähnliche Beziehungen entsprechend angewandt, so z.B. Vorschriften der Verjährung auf die Grundsätze der culpa in contrahendo, die §§ 104 ff. BGB etc.

Ihre Berechtigung findet diese Auffassung ferner darin, daß das AGBG, das zwar auf schuldrechtliche Verträge zugeschnitten ist, auch auf Regelungen Anwendung findet, die das Entstehen eines gesetzlichen Schuldverhältnisses ausschließen oder die Rechtsfolgen eines solche abweichend regeln wollen; ferner gilt das AGBG, wenn eine Begrenzung der deliktischen Haftung bezweckt ist (172). So hat beispielsweise auch der Anschlag "Benutzung auf eigene Gefahr" dann AGB-Charakter, wenn er eine Benutzung für den Fall gestattet, daß der Benutzer im Schädigungsfall auf Haftpflichtansprüche verzichtet (173).

172) BGH VersR 1967, 65; Schlosser/Staudinger, § 1 AGBG Rz. 7

173) Schlosser/Staudinger, § 1 AGBG Rz.7

Hiermit vergleichbar ist die Situation, wenn der Arzt gegenüber dem Kassenpatienten ein Aufklärungsformular benutzt. Denn aus der Bestimmung des § 368 d Abs.4 RVO geht hervor, daß zwischen Kassenarzt und Kassenpatient zumindest ein gesetzliches "Haftungsverhältnis" besteht, welches sich in den Rechtsfolgen nach den bürgerlichen Vertragsgrundsätzen richtet, das Aufklärungsformular also das Entstehen eines "Haftungsverhältnisses" gemäß § 368 d Abs.4 RVO gar nicht zur Entstehung kommen lassen will.

Somit kann festgehalten werden, daß das AGBG eine "Verwender"-Stellung auch des Kassenarztes zuläßt, eine Differenzierung zwischen Kassenpatient und Privatpatient daher nicht durchgeführt werden muß.

1.5.2. "Die andere Vertragspartei"

1.5.2.1. Definition

Nach § 1 Abs.1 AGBG müssen die Vertragsbedingungen der "anderen Vertragspartei" gestellt werden. Wie auch die Person des "Verwenders", so hängt auch die Person der "anderen Vertragspartei" von der Art des gewählten Behandlungsvertragstyps ab.

1.5.2.2. Rechtslage beim Privatpatienten

Begibt sich ein Privatpatient in ärztliche Behandlung, so steht es außer Frage, daß er Vertragspartner ist.

1.5.2.3. Rechtslage beim Kassenpatienten

1.5.2.3.1. Totaler Krankenhausaufnahmevertrag

Nach herrschender Meinung erhält der Kassenpatient beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag eigene vertragliche Ansprüche gegen die Krankenanstalt aus einem zwischen dieser und der Krankenkasse geschlossenen echten Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB (174).

Durch die Berechtigung, die Heilbehandlung von der Krankenanstalt zu verlangen, wird der Kassenpatient jedoch nicht zum Vertragspartner im Sinne von § 1 Abs.1 AGBG; der berechtigte Dritte, nämlich der Kassenpatient, tritt nicht in vertragliche Beziehungen zu dem Leistungsschuldner, der Krankenanstalt.

Ist somit die Krankenkasse die andere Vertragspartei im Sinne von § 1 Abs.1 AGBG, so finden, da die Krankenkasse Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, die Vorschriften der §§ 2, 10, 11, 12 AGBG keine Anwendung (§ 24 Satz 1 Ziff.2 AGBG).

1.5.2.3.2. Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag und gespaltener Krankenhausaufnahmevertrag

Was die Rechtslage beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag, beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit Zusatzvertrag und letztendlich das "einfache" Kassenarzt-Kassenpatient-Verhältnis betrifft, kommt es - wie beim Begriff des "Verwenders" - darauf an, welchen Bedeutungsinhalt man der Vorschrift des § 368 d Abs.4 RVO beimißt.

Die vorherrschende Lehre, die ein bürgerlich-rechtliches Vertragsverhältnis unmittelbar zwischen Kassenarzt und Kassenpatient an-

174) BGHZ 1, 383; Laufs, Arztrecht, Rz. 18

nimmt (175), muß folgerichtig zu dem Ergebnis gelangen, daß der Kassenpatient selbst "die andere Vertragspartei" im Sinne von § 1 Abs.1 AGBG ist.

Die mangelnde Haltbarkeit dieser Ansicht wurde bereits dargestellt. Hält man -wie es hier für richtig gehalten wird- an der öffentlich-rechtlichen Natur des Kassenwesens fest, kann nur die Krankenkasse die andere Vertragspartei sein. Hier scheitert die Anwendbarkeit des AGBG indes schon an der öffentlich-rechtlichen Natur des Leistungsverhältnisses.

1.5.2.3.3. Kritische Würdigung

Indes ist auch bei der Bestimmung der "anderen Vertragspartei" zu berücksichtigen, daß eine differenzierte Behandlung zwischen Privatpatient und Kassenpatient sachlich nicht gerechtfertigt ist. Auch hier gilt, daß aufgrund des durch § 368 d Abs.4 RVO statuierten vertragsähnlichen "Haftungsverhältnisses" zwischen Kassenarzt und Kassenpatient eine analoge Anwendung des § 1 Abs.1 AGBG dergestalt gerechtfertigt ist, daß "die andere Vertragspartei" der Kassenpatient ist. Gemäß § 368 d Abs.4 RVO ist er aus dem nach Vertragsgrundsätzen zu bestimmenden Haftungsverhältnis berechtigt. Der Kassenpatient stellt daher die "andere Vertragspartei" dieser vertragsähnlichen Haftungsbeziehung zum Kassenarzt dar.

2. Einbeziehung in den Vertrag

2.1. Zeitpunkt der Einbeziehung nach § 2 AGBG

Nach § 2 Abs.1 AGBG werden Allgemeine Geschäftsbedingungen nur dann Bestandteil eines Vertrages, wenn der Verwender "bei Vertragsschluß" auf sie hinweist, der anderen Vertragspartei die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisaufnahme verschafft und die andere Vertragspartei mit der Geltung einverstanden ist.

Mit diesen Voraussetzungen will § 2 AGBG sicherstellen, daß die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirklich vom rechtsgeschäftlichen Vertragswillen beider Parteien getragen wird (176); Allgemeine Geschäftsbedingungen dürfen trotz Inhaltskontrolle nicht einseitig zum Vertragsbestandteil gemacht werden (177). Das bedeutet, daß die zum Vertragsschluß führende Einigungserklärung mit der Einbeziehungsvereinbarung von AGB zusammenfällt, eine Rechtsgeschäftseinheit bildet.

2.2. Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung in der Praxis

Die Frage des richtigen Zeitpunkts der Aufklärung tritt zunehmend in den Mittelpunkt (178). Insoweit ist lediglich geklärt, daß die Aufklärung vor der Einwilligung erfolgen muß, weil sie deren Wirksamkeitsvoraussetzung ist. Überwiegend wird ferner angenommen, daß die Aufklärung, die einerseits umfassend und andererseits einzelfallbestimmt sein muß, grundsätzlich erst nach Untersuchungen und Diagnosen erfolgen kann, nicht hingegen schon

176) Palandt/Heinrichs, § 2 AGBG Rz. 1 b

177) Schlosser/Staudinger, § 2 AGBG Rz.1

178) Bodenburg, Entzerrung der ärztlichen Aufklärungspflicht: Grundaufklärung und Einschätzungsprärogative, NJW 1981, 601 (604)

bei der stationären Aufnahme (179); denn eine sinnvolle und wirk-
same Aufklärung muß an die notwendigen Befunde anknüpfen, die in
der Regel erst auf der Station erhoben werden können.

Im übrigen ist zu beachten, daß die Aufklärung so früh zu erfol-
gen hat, daß der Patient Zeit zu ruhiger Überlegung hat, um sein
Selbstbestimmungsrecht unter Einsatz seiner Erkenntnis- und Ent-
scheidungsfähigkeit ausüben zu können (180).

Teilweise wird versucht, eine abstrakte Regelung dergestalt aufzu-
stellen, daß die notwendige Aufklärung generell ca. 2-3 Tage vor
dem Eingriff zu erfolgen habe (181).

2.3. Der Zeitpunkt ärztlicher Aufklärung in der Praxis und § 2 AGBG

2.3.1. Problemdarstellung

Soweit die Patientenaufklärung durch Aufklärungsformulare erfolgt,

179) Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 41.; Wachsmuth, Anmerkung zum Urteil des OLG Celle vom 10.7.1978 -, 1 U 40/77, NJW 1979, 1253; Bodenburg, Entzerrung der ärztlichen Aufklärungspflicht; Grundaufklärung und Einschätzungsprärogative, NJW 1981, 601 (603); a.A. OLG Celle NJW 1979, 1251 (1253); "In der Regel wird in derartigen Fällen das Aufklärungsgespräch schon deshalb vor der stationären Aufnahme geboten sein".

180) OLG Stuttgart, NJW 1979, 2355; Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 41/42

181) Bodenburg, Entzerrung der ärztlichen Aufklärungspflicht; Grundaufklärung und Einschätzungsprärogative, NJW 1981, 601 (604); Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 41

kommt man bei wortgetreuer Anwendung des § 2 AGBG zu dem Ergebnis, daß ärztliche Aufklärungsformulare in der Regel zu spät in den Behandlungsvertrag einbezogen werden (182). Denn der Behandlungsvertrag wird abgeschlossen, ehe überhaupt eine Aufklärung durchgeführt wird - sei es in Form eines Aufklärungsgesprächs oder durch Vorlage eines Aufklärungsformulars.

2.3.2. Gesetzgeberischer Zweck der Einbeziehungsvoraussetzungen des § 2 AGBG

Es erscheint indes fraglich, ob die in § 2 AGBG statuierte Einbeziehungsvereinbarung, die "bei Vertragsschluß" zustande kommen muß, auch auf die formularmäßige Patienteneinwilligung Anwendung finden kann.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist zunächst vom Regelungsanliegen des Gesetzgebers auszugehen. Mit der Vorschrift des § 2 AGBG wollte der Gesetzgeber der Tendenz der Rechtsprechung entgegenwirken, die es als ausreichend ansah, wenn der Vertragspartner vom Einbeziehungswillen des Verwenders "wissen mußte" (183). Zweck des § 2 AGBG ist es somit sicherzustellen, daß die vorformulierten Vertragsbedingungen im Sinne des § 1 AGBG nur dann Vertragsinhalt werden, wenn sie vom rechtsgeschäftlichen Vertragswillen beider Parteien getragen werden (184).

2.3.3. Teleologische Auslegung der Einbeziehungsvoraussetzungen des § 2 AGBG

182) Niebling, Ärztliche Formularaufklärung und AGB-Gesetz, MDR 1982, 133 (196)

183) Schlosser/Staudinger, § 2 AGBG Rz.1; Palandt/Heinrichs, § 2 AGBG R

184) BT-Drucksache 7/3919, S.13

Die Einwilligung des Patienten in den ärztlichen Heileingriff ist jedoch - wie an vorderer Stelle bereits dargestellt - keine rechtsgeschäftliche Erklärung, die durch Vereinbarung zwischen Arzt und Patient zum Vertragsinhalt gemacht werden könnte. Zwar ist die Einwilligung nach hier vertretener Auffassung in analoger Anwendung von § 1 Abs.1 AGBG als Vertragsbedingung zu behandeln. Das bedeutet aber nicht, daß damit zugleich auch die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 2 AGBG analog anzuwenden wären. Bei einseitigen, lediglich geschäftsähnlichen Handlungen müssen - mangels "Vereinbarungsfähigkeit" - andere Anforderungen gelten.

In bewußter Abkehr zur früheren ständigen Rechtsprechung will § 2 AGBG die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen wieder auf rechtsgeschäftliche "Füße" stellen. Eine Einbeziehungsvereinbarung soll nicht mehr schon dann vorliegen, wenn der Kunde bei Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte wissen müssen und erkennen können, daß der Unternehmer den Vertrag nur unter Einbeziehung seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen abschließen wolle.

Einer solchen, an Fahrlässigkeitsmaßstäben gemessenen Einbeziehungsvereinbarung wird nunmehr die Wirksamkeit abgesprochen. Im Vordergrund steht ein rechtsgeschäftliches Element, die übereinstimmende Willenserklärung des Kunden. Ohne eine übereinstimmende Willenserklärung des Kunden ist eine Einbeziehung nicht möglich.

Überträgt man diese Grundsätze auf die Patienteneinwilligung, so gilt folgendes:

Die Patienteneinwilligung ist eine einseitige, geschäftsähnliche Erklärung. Sie ist wirksam, wenn sie von einem natürlichen Willen getragen wird. Die Bildung dieses natürlichen Willens setzt seinerseits voraus, daß der Patient in verständlicher Weise hinreichend aufgeklärt wurde und ihm der erforderliche Zeitraum zur Willensbildung blieb.

Die von § 2 AGBG vorausgesetzte "Freiwilligkeit" der Geltung der vorformulierten Vertragsbedingungen, d.h. die vom Willen des Kun-

den getragene Geltung, kann bei der Patienteneinwilligung nur dann vorliegen, wenn er noch eine Wahlmöglichkeit hat, er sich also auch noch anders entscheiden kann. Ist dieses "Prinzip der Umkehrmöglichkeit" (185) gewahrt, dem Patienten also die Möglichkeit der "Umkehr" offengehalten, so ist auch dem Regelungsanliegen des § 2 AGBG Genüge getan.

2.3.4. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, daß die teleologische Auslegung der Einbeziehungsvoraussetzungen des § 2 AGBG für die formularmäßige Patienteneinwilligung ergibt, daß die ärztlichen Aufklärungsformulare dem Patienten spätestens zu dem Zeitpunkt zur Kenntnisnahme gereicht werden müssen, in dem ihm noch eine realistische Möglichkeit der Umkehr bleibt (186).

2.4. Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunkts der Vorlage ärztlicher Aufklärungsformulare

2.4.1. Problemstellung

Bei der Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunkts der Vorlage ärztlicher Aufklärungsformulare ist zweierlei zu beachten:

Zum einen muß dem Patienten eine realistische Möglichkeit der "Umkehr" eingeräumt und seinem Selbstbestimmungsrecht Genüge ge-

185) Niebling, Ärztliche Aufklärungsformulare und AGB-Gesetz, MDR 1982, 193 (195)

186) Niebling, Ärztliche Aufklärungsformulare und AGB-Gesetz, MDR 1982, 193 (195).

tan werden, d.h. dem Patienten ist eine ausreichende Bedenkzeit einzuräumen. Zum zweiten ist die psychologische Bereitschaft des Patienten zur Aufklärung für die Zeitbestimmung zu berücksichtigen.

Für den Arzt ist der richtige Zeitpunkt der Aufklärung von erheblicher Bedeutung. Denn eine ansonsten einwandfreie Aufklärung ist unwirksam, wenn sie zu einem falschen Zeitpunkt erfolgt.

2.4.2. Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung

Der gebotene Zeitpunkt läßt sich jedoch allgemein nur schwer bestimmen. In Schrifttum und Rechtsprechung bestehen erhebliche Kontroversen.

So vertritt Deutsch (187) die Auffassung, daß eine zu frühzeitige Aufklärung zu vermeiden ist, um den Patienten nicht unnötig und wiederholt zu beunruhigen, weshalb eine Aufklärung am Vorabend der Operation in der Regel ausreichend ist. Notfalls kann nach dieser Ansicht der Patient auch noch unmittelbar vor der Behandlung, ja sogar noch "auf dem Behandlungstisch liegend" aufgeklärt werden.

Einen anderen Standpunkt vertritt das OLG Stuttgart in seinem Urteil vom 7.12.1977 (188). Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Eine Patientin litt an starken Kopfschmerzen unklarer Genese und wurde von ihrem Hausarzt in die neurologische Abteilung eines Krankenhauses überwiesen, um den Verdacht auf das Vorliegen eines Hirntumors zu klären. Noch am gleichen Tag wurde vom ärztlichen

187) Deutsch, Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antizipierte Einwilligung des Patienten, NJW 1979. 1905 (1907)

188) OLG Stuttgart NJW 1979, 2355

Leiter eine Karotisangiographie durchgeführt, die zwar keinen Anhalt für einen Tumor erbrachte, aber bei der Patientin zu starken neurologischen Ausfällen - rechtsseitigen Lähmungserscheinungen - führte. Die Beweisaufnahme ergab, daß die Patientin entweder aufgeklärt worden ist, als sie in den Untersuchungsraum gefahren wurde oder als sie bereits auf dem Röntgentisch lag, den Operationsmantel trug und bereits eine Spritze erhalten hatte.

Das OLG Stuttgart hat diese Aufklärung wegen Verspätung als nicht ausreichend angesehen. Nach seiner Auffassung muß die Aufklärung zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem "der Patient noch im vollen Besitz seiner Erkenntnis- und Entscheidungsfähigkeit ist und ihm bis zu dem beabsichtigten Eingriff eine gewisse Überlegungsfrist bleibt" (189).

Ähnlich entschied das OLG Düsseldorf (190) in dem seinem Urteil zugrunde liegenden Fall. Hier nahm ein Arzt an einer Patientin eine kosmetische Brustoperation vor. Dazu schnitt er der Patientin am Gesäß zwei etwa 20 cm lange und 10 cm breite Hautfettdlappen in V-Form heraus und verpflanzte diese an die Brust. An der Brust entstand eine Eiterung, weshalb das verpflanzte Gewebe nicht anwuchs. Am Gesäß bildeten sich entstellende Narben und Wucherungen. Die Patientin wie auch ihr Ehemann wurden vor der Operation davon unterrichtet, daß ein horizontaler Schnitt in der Glutealfalte des Gesäßes möglich wäre. In diesen willigte die Patientin ein. Erst unmittelbar vor der Operation wurde der Patientin erstmalig erklärt, daß ein V-Schnitt gemacht werden müsse.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf war dieser Zeitpunkt nicht mehr geeignet, eine ordnungsgemäße Aufklärung und damit eine

189) OLG Stuttgart NJW 1979, 2355 (2356)

190) OLG Düsseldorf NJW 1963, 1679

wirksame Einwilligung herbeizuführen. Denn "eine beachtliche Einwilligung konnte die Patientin, als sie nach erheblichen Vorbereitungen auf dem Operationstisch lag, nicht mehr erteilen, da sie zu diesem Zeitpunkt schon unter der Einwirkung von Spritzen stand, die sich in einer Teilnahmslosigkeit gegenüber der Umwelt bemerkbar machten. Angesichts der Wirkung der verabfolgten Medikamente waren - worauf es entscheidend ankommt- die innere Widerstandskraft und die Urteilsfähigkeit der Patientin wesentlich gemindert. Sie konnte die Sachlage nicht mehr auffassen, übersehen und zutreffend beurteilen. Sie vermochte in diesem Zustand dem Willen des Arztes, dem sie sich zur Operation anvertraut hatte, nicht die früheren Hemmungen entgegenzusetzen. Gelegenheit und Zeit zur ruhigen Abwägung des Für und Wider, der Gründe und Gegengründe ... waren nicht mehr gegeben" (191).

Auf heftige Kritik stieß das Urteil des OLG Celle (192), was den nach seiner Auffassung maßgebenden Zeitpunkt der Aufklärung betrifft (193). In dem zur Entscheidung anstehenden Fall wurde ein Patient wegen Leistenbruchs operiert. Der Arztklärte ihn am Vorabend der Operation auf. Da es sich nicht um einen vitalindizierten Eingriff handelte, hielt das Gericht diesen Zeitpunkt für zu spät. Das Gericht vertritt vielmehr die Ansicht, daß in derartigen Fällen das Aufklärungsgespräch in der Regel schon vor der stationären Aufnahme geboten ist (194).

2.4.3. Stellungnahme und Lösungsvorschlag

191) OLG Düsseldorf NJW 1963, 1679 (1680)

192) OLG Celle NJW 1979, 1251

193) Kritisch insbesondere Wachsmuth, Anmerkung zum Urteil des OLG Celle vom 10.7.1978 - 1 U 40/77, NJW 1979, 1253

194) OLG Celle NJW 1979, 1251 (1253)

Will man den maßgeblichen Zeitpunkt der Aufklärung festlegen, so darf man an der Wirklichkeit nicht vorbeigehen. Da eine wirksame Aufklärung an den notwendigen Befunden anknüpfen muß, diese in der Regel aber erst auf der Station erhoben werden können, kann die gebotene Aufklärung nicht schon vor der stationären Aufnahme erfolgen (195).

Andererseits muß dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten dadurch Rechnung getragen werden, daß ihm eine ausreichende Bedenkzeit eingeräumt wird (196). Ferner muß der Arzt bei der Verwendung von Aufklärungsformularen die Grundsätze des § 2 AGDG beachten. Die teleologische Auslegung hat ergeben, daß bei der formularmäßigen Patienteneinwilligung den "Einbeziehungsvoraussetzungen" des § 2 AGDG nur dann genügt wird, wenn für den Patienten noch eine realistische "Umkehrmöglichkeit" besteht.

Daraus folgt, daß die Aufklärung zu einem Zeitpunkt erfolgen muß, in dem der Patient noch die tatsächliche Möglichkeit hat, das Für und Wider der Behandlung abzuwägen (197).

Von diesen Erwägungen ausgehend, kann man als Faustregel aufstellen:

Bei einem geringfügigen Eingriff genügt eine Aufklärung unmittelbar vor der Heilbehandlung.

In nicht dringlichen Fällen hat die Aufklärung etwa 3 Tage vor der Behandlung zu erfolgen, da anderenfalls eine realistische Umkehrmöglichkeit sowie eine ausreichende Bedenkzeit nicht gegeben ist. Dies gilt insbesondere bei medizinisch nicht indizierten Ein-

195) Wachsmuth, Anmerkung zum Urteil des OLG Celle vom 10.7.1978 - 1 U 40/77, NJW 1979, 1253

196) OLG Stuttgart, NJW 1979, 2355; OLG Hamm VersR 1981, 686 (688); Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 41

197) Vgl. Kuhnert, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, S. 136

griffen, also beispielsweise bei rein kosmetischen Operationen (193).

Diese Grundsätze beanspruchen keine Geltung bei Hilfsbehandlungen (Anästhesie, Hämatologie, Pathologie) sowie bei akuter vitaler Indikation. Für erstgenannte Fallgruppe kann die allgemeine Dreitagesregel nicht gelten, da eine diesbezügliche Untersuchung des Patienten erst kurz vor der Operation erfolgt; ausreichend ist hier eine Aufklärung durch den hinzugezogenen Facharzt spätestens am Vorabend der Operation (199). So hat sich auch der BGH (200) nicht schlechthin gegen eine Aufklärung durch den Anästhesisten erst unmittelbar vor dem Eingriff ausgesprochen.

Soweit in Fällen akuter vitaler Indikation eine Aufklärung des Patienten - sofern eine solche überhaupt nötig ist - auch unmittelbar vor dem Eingriff, sogar noch im Operationssaal, für zulässig erachtet wird (201), kann dies jedenfalls bei der Verwendung von Aufklärungsformularen keine Geltung beanspruchen.

Zwar mag in den Fällen, in denen sofortiges Handeln erforderlich ist, das Selbstbestimmungsrecht hinter dem Wohl des Patienten zurücktreten (202) und daher eine Aufklärung entbehrlich sein, dies kann jedoch nicht zu einem Verzicht auf die "Einbeziehungsvoraussetzungen" des § 2 AGBG führen. Ist daher, wie in Fällen akuter vitaler Indikation fast ausnahmslos, eine Umkehrmöglichkeit des Patienten nicht mehr gegeben, so ist dem Arzt auch der Weg über die Formularaufklärung versperrt.

198) Vgl. etwa Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S.44

199) Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S.43

200) BGH NJW 1974, 1422

201) Kuhnert, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, S.137; Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S.44

202) Rieger, Aufklärungspflicht bei der Strahlenbehandlung Krebskranker, Anmerkung zum Urteil des OLG Celle vom 15.6.1981 - 1 U 34/80, Deut. Med. Wschr. 1982, 1437 ff.

3. Zulässigkeit einer Inhaltskontrolle ärztlicher Aufklärungsformulare

3.1. Meinungsstand

Die Frage der Zulässigkeit einer Inhaltskontrolle ärztlicher Aufklärungsformulare wird überwiegend nicht erörtert.

Ausgangspunkt ist die Vorschrift des § 8 AGBG, die die Anwendbarkeit der §§ 9 - 11 AGBG auf Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen beschränkt, "durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden".

Mit der Begründung, es fehle an einer gesetzlichen Regelung über die Aufklärungspflicht des Arztes, weshalb es keine Rechtsvorschriften gebe, von denen zum Nachteil des Patienten in den Aufklärungsformularen abgewichen werden könne, lehnen Laufs (203) und Kuhnert (204) eine Inhaltskontrolle ab. Die Haltbarkeit dieses Arguments soll im folgenden untersucht werden.

3.2. Gesetzliche Regelung der ärztlichen Aufklärungspflicht

3.2.1. Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung

Das Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Patient ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht eigenständig geregelt. Überwiegend ist man der Überzeugung, daß es sich hierbei um einen Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) besonderer Art handelt (205). Eine eigene gesetzli-

203) Laufs, Arztrecht, Rz.73 FN 10

204) Kuhnert, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, S.137

205) Vgl. nur Palandt/Putzo, vor § 611 Rz. 2

che Grundlage der ärztlichen Aufklärungspflicht gibt es nicht (206). Lediglich in § 3 Abs.1 KastG und §§ 40 Abs.1 Nr.2; 41 Nr. 5 AMG wird die Aufklärungspflicht für spezielle Fälle normiert; indes regeln aber auch diese Vorschriften die Aufklärungspflicht nicht im einzelnen, sondern setzen sie vielmehr voraus (207). Auch die "Richtlinien 1984 zur Aufklärung der Krankenhauspatienten über vorgesehene ärztliche Maßnahmen" (208) stellen keine gesetzliche Regelung dar; diese Richtlinien, die durch den Vorstand der deutschen Krankenhausgesellschaft am 29.10.1984 sowie durch den Vorstand der Bundesärztekammer am 12.10.1984 verabschiedet worden sind, lösen lediglich das Muster eine Dienstanweisung aus dem Jahre 1980 ab und treten als bloße Empfehlungen ohne rechtsverbindlichen Charakter an deren Stelle.

3.2.2. Regelungsanliegen des § 8 AGBG

3.2.2.1. Notwendigkeit formell-rechtlicher Normen

Sieht man den Sinn des § 8 AGBG darin, eine "überschießende Tendenz der Inhaltskontrolle dergestalt zu verhindern, daß über gesetzliche Regelungen hinaus kontrolliert wird" (209), so bedeutet dies nicht zwangsläufig - wie Schaefer (210) meint -, daß bei Feh-

206) Vgl. Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S.7

207) Vgl. Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S.7

208) Die Richtlinien 1984 zur Aufklärung der Krankenhauspatienten über vorgesehene ärztliche Maßnahmen sind im Anhang abgedruckt.

209) Koch/Stübing, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Kommentar zum AGBG, § 8 Rz.4; Brandner in UBH § 8 Rz.4; Löwe in LWT, § 8 Rz.1; Dietlein/Rebmann, AGB Aktuell, § 8 Rz.1

210) Schaefer, Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz bei allgemeinen Versicherungsbedingungen, VersR 1978, 4 ff. (7 ff.)

len einer den Klauselgegenstand regelnden formell-rechtlichen Norm eine Inhaltskontrolle nach den §§ 9 - 11 AGBG nicht möglich sei, weil eine Kontrolle mangels Vorhandensein eines Kontrollmaßstabes nicht möglich ist.

Unter Zugrundelegung dieser Ansicht müßte man in der Tat wie Laufs und Kuhnert zu dem Ergebnis kommen, daß eine Inhaltskontrolle ärztlicher Aufklärungsformulare mangels Vorhandensein einer formell rechtlichen Regelung der Aufklärungspflicht nicht möglich ist.

3.2.2.2. Kritik

Diese Ansicht trägt der Rechtstatsächlichkeit indes zu wenig Rechnung. Die Gesetze sind nie lückenlos, sie geben auf viele Fragen keine Antwort (211). Diese Lücken im Wege schöpferischer Rechtsfindung zu schließen, ist Aufgabe der Rechtssprechung.

Das Grundgesetz hat einen zu starren Gesetzespositivismus abgelehnt, in dem es in Art. 20 Abs. 2 GG eine Bindung der Rechtssprechung an "Gesetz und Recht" vorsieht. Diese Formulierung bringt zum Ausdruck, daß Recht nicht immer mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch ist. Infolge des Zurückbleibens der Gesetzgebung hinter dem Fluß der sozialen Entwicklung kommt der Rechtssprechung insbesondere die Aufgabe zu, der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanente Wertvorstellungen, die in den einfachgesetzlichen Normen nicht zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens zu realisieren(212). Daß eine solche richterliche Rechtsfortbildung auch dem Willen der Legislative entspricht, wird durch § 137 GVG bestätigt.

211) Säcker in Münchener Kommentar, Einleitung, Rz. 34 ff. (60)

212) BVerfG E 9, 338 (349), Säcker in Münchener Kommentar, Einleitung, Rz. 123

Es kann daher nicht darauf ankommen, ob formell-rechtliche Normen bestehen, von denen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen abweichen (213); denn anderenfalls würde für atypische, gesetzlich nicht geregelte Verträge ein Schutz nicht bestehen.

3.2.2.3. Abweichen von vertragstypisch-spezifischen Gerechtigkeitserwartungen

Die Zulässigkeit einer Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen auch bei Fehlen formell-rechtlicher Normen, von denen abgewichen werden könnte, ergibt sich auch aus dem Verhältnis von § 8 zu § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG (214). Mit der Bestimmung des § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG wollte der Gesetzgeber auch solche durch Allgemeine Geschäftsbedingungen geregelten Sachverhalte der Inhaltskontrolle unterstellen, für die es keine gesetzlichen Regelungen gibt, von denen "abgewichen" werden könnte (215).

Wo die Regelung des dispositiven Rechts fehlt, tritt an ihre Stelle die "Natur des Vertrages", die durch die vertragstypisch-spezifischen Gerechtigkeitserwartungen des Rechtsverkehrs (216) und die in richterlicher Rechtsfortbildung entwickelten Grundsätze

213) Schmid/Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, F 29; Koch/Stübing, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Kommentar zum AGBG, § 8, Rz.3; Schlosser/Staudinger, § 8 AGBG Rz.4; Brandner in UBH, § 8 Rz.2; Palandt/Heinrichs, § 8 AGBG Rz. 2; Kötz in Münchener Kommentar, § 8 AGBG Rz.3

214) Schlosser/Staudinger, § 8 AGBG Rz. 4 und § 9 Rz. 27/28; Brandner in UBH, § 8 Rz. 2; Palandt/Heinrichs, § 8 AGBG Rz. 2 a; Koch/Stübing, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Kommentar zum AGBG, § 8 Rz. 3

215) Schlosser/Staudinger, § 9 AGBG Rz. 29; Palandt/Heinrichs, § 9 AGBG Rz. 4

216) Schlosser/Staudinger, § 9 AGBG Rz.28; Weick, Die Idee des Leitbildes und die Typisierung im gegenwärtigen Vertragsrecht, NJW 1978 14 ff.

(217) geprägt wird.

So hält auch der BGH (218) eine AGB- oder Formularklausel für unangemessen, "in der der die Vertragsgestaltung einseitig für sich in Anspruch nehmende Verwender mißbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vorneherein die Interessen seines Partners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen; ein wesentliches Indiz dafür ist die Abweichung von dispositiven gesetzlichen Bestimmungen, soweit diese nicht nur auf positiven gesetzlichen Bestimmungen, soweit diese nicht nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen, sondern dem Gerechtigkeitsgebot Ausdruck verleihen. Dispositives Recht in diesem Sinne sind nicht nur gesetzliche Einzelregelungen ..., sondern auch die dem Gerechtigkeitsgebot entsprechenden allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze ...".

Geeigneter Kontrollmaßstab im Rahmen des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG können somit auch die im Wege richterlicher Rechtsfortbildung aufgestellten, allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze sein.

3.2.3. Ärztliche Aufklärungsformulare als "ergänzende Regelungen"

Von diesen Überlegungen ausgehend, sind die ärztlichen Aufklärungsformulare als "ergänzende Regelungen" im Sinne des § 8 AGBG anzusehen. Denn die Notwendigkeit ärztlicher Aufklärung, also das "ob", ergibt sich unmittelbar aus dem in Art. 1 und 2 GG verankerten unverzichtbaren Selbstbestimmungsrecht des Patienten, welches für die rechtliche Zulässigkeit ärztlicher Heilbehandlungsmaßnahmen eine wirksame Einwilligung erfordert.

Wirksam ist diese Einwilligung nur in dem Umfang, in dem sie durch eine ausreichende Aufklärung über Art und Bedeutung des Eingriffs

217) Palandt/Heinrichs, § 9 AGBG Rz. 3 b; Schlosser/Staudinger, § 9 AGBG Rz. 29

218) BGHZ 89, 206 (211) = NJW 1984, 1182 m.w.Hinweisen auf die Rechtssprechung des BGH

sowie über seine Nebenwirkungen und Risiken gedeckt ist (219).

Diese gesetzlich geregelte Notwendigkeit ärztlicher Aufklärung wird insofern durch ärztliche Aufklärungsformulare i.S.d. § 8 AGBG "ergänzt", als diese Art und Umfang, also das "wie" der Aufklärung regeln.

3.3. Kontrollbereich des § 8 AGBG

Die Inhaltskontrolle des AGBG hat den Zweck, im Interesse der Vertragsgerechtigkeit einseitig in den Vertrag eingeführte unbillige oder gar mißbräuchliche Vertragsklauseln zu korrigieren. Ein Bedürfnis nach Korrektur besteht unter diesem Gesichtspunkt daher nur dann, wenn die auf einen angemessenen Interessenausgleich angelegten Vorschriften des dispositiven Vertragsrechts bzw. die vertragstypisch-spezifischen Gerechtigkeitserwartungen des Rechtsverkehrs - zum Ausdruck gekommen durch richterliche Rechtsfortbildung - durch einseitig auferlegte Allgemeine Geschäftsbedingungen verdrängt werden (220).

Nicht der Inhaltskontrolle nach den §§ 9-11 AGBG unterfallen daher Vertragsbedingungen, die ihrer Art nach nicht der Regelung durch Rechtsvorschriften unterliegen, sondern als sog. "konkretisierende Festlegungen der vertragscharakteristischen Hauptleistungspflichten, die das Gesetz selbst nicht vorgenommen hat" (221), von den Parteien selbst festzulegen sind, weil bei deren Fehlen der Vertrag mangels Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit des

219) BVerfG NJW 1979, 1925 (1928); BGHZ 29, 46 (53); BGHZ 67, 48 (49); BGH NJW 1981, 1322; Giesen, Grundzüge der zivilrechtlichen Arzthaftung, Jura 1981, 10 ff. (16 ff.)

220) Dietlein/Rebmann, AGB Aktuell, § 8 Rz.1

221) Schlosser/Staudinger, § 8 AGBG Rz. 2

Hauptgegenstandes nicht durchgeführt werden kann (222). Bedingungen, welche lediglich die zu erbringende Leistung selbst beschreiben, also nicht die Leistungserbringung regeln, sind daher kontrollfrei (223).

Bestimmungen, welche die wesentlichen, die Grundlage des Rechtsgeschäfts festlegenden Abreden enthalten - sog. *essentialia negotii* -, unterliegen somit nicht der Inhaltskontrolle (224). Im folgenden ist daher zu untersuchen, ob die ärztliche Aufklärung vertragstypische Hauptpflicht, d.h. als *essentiale negotii* kontrollfrei ist.

3.4. Einordnung der ärztlichen Aufklärungspflicht in das Pflichtenmodell des BGB

3.4.1. Meinungsstand

Vereinzelte wird eine vertragliche Herleitung der Aufklärungspflicht abgelehnt mit der Begründung, die Aufklärungspflicht hinge dann vom Zustandekommen eines wirksamen Vertrages ab (225) bzw. die Vertragsbasis sei für die Aufklärungspflicht unergiebig (226).

222) M. Wolf in WHL, § 8 Rz. 8 ; Graba in SCWG, § 8 Rz.1; Palandt/Heinrichs, § 8 AGBG Rz. 1; Kötz in Münchener Kommentar, § 8 AGBG Rz.4

223) M. Wolf in WHL, § 8 Rz. 8; Graba in SCWG, § 8 Rz 1; Palandt/Heinrichs, § 8 AGBG Rz. 1; Kötz in Münchener Kommentar, § 8 AGBG Rz. 4

224) So ausdrücklich in Grabain SCWG, § 8 Rz. 1

225) Grünwald, Die Aufklärungspflicht des Arztes, ZStW Band 73, (1961), S. 5 ff. (33)

226) Geilen, Rechtsfragen der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: Die juristische Problematik in der Medizin, Bd. II, 1971, S. 11 ff. (54/55)

Diese Ansicht übersieht jedoch, daß der Vertrag als ein elastisches Regelungsinstrument durchaus geeignet ist, die notwendig auf den Einzelfall bezogene ärztliche Aufklärung des Patienten als eine Pflicht des Arztes gegenüber seinem Patienten zu statuieren (227).

Einhellige Meinung ist daher, daß der Patient zweifelsohne aus dem mit dem Arzt geschlossenen Heilbehandlungsvertrag das Recht hat, über die Risiken aufgeklärt zu werden (228).

Zwar enthält der im Vertragsschluß zum Ausdruck kommende Erklärungstatbestand keinen Anhaltspunkt über den Umfang der Aufklärungspflicht des Arztes im einzelnen, jedoch wird diese regelungsbedürftige Lücke durch ergänzende Vertragsauslegung geschlossen. Unerheblich ist insoweit, daß Arzt und Patient diesen Punkt bewußt offengelassen haben; denn die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung finden auch in diesen Fällen Anwendung (229). Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157, 242 BGB folgt aus dem Behandlungsvertrag für den Arzt eine Aufklärungspflicht (230), da der Patient als Vertragspartner die Aufklärung nach Treu und Glauben redlicherweise erwarten darf (231); denn er ist - für den Arzt erkennbar - infolge Unkenntnis bzw.

227) Bohne, Anmerkung zum Urteil des Reichtsgerichts vom 29.2.1932-2 d 57/32, JW 1933, 2062 (2063)

228) Weißauer, Die Problematik der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: Der Arzt im Krankenhaus, Sonderdruck aus Heft 5/DB 1980; Steindorff, Zur Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber Krebskranken, JZ 1960, 139 (141); Giesen, Grundzüge der zivilrechtlichen Arzthaftung, Jura 1981, 10 ff. (16); Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S.8

229) BGH NJW 1975, 1116 (1117); Palandt/Heinrichs § 157 BGB Anm. 2 a

230) Deutsch/Geiger, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S.1065

231) Roth in Münchener Kommentar, § 242 BGB Rz. 2o

Unerfahrenheit zu einer sachgemäßen Beurteilung nicht in der Lage (232).

Diese Aufklärungspflicht des Arztes besteht auch in den Fällen, in denen der Arzt nicht Vertragspartner des Patienten ist, wie z.B. beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag (vgl. C. 1.5.1.2.1.2.) oder beim Kassenpatienten (vgl. C. 1.5.1.2.2.). Beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag ist Vertragspartner des Patienten der Krankenhausträger, den auch aus dem abgeschlossenen Behandlungsvertrag die Aufklärungspflicht trifft, die er durch den Arzt erfüllen läßt.

Anders verhält es sich hingegen beim Kassenpatienten. Denn Vertragspartner des Kassenpatienten ist die Krankenkasse (vgl. C. 1.5.1.2.2.6.). Aufgrund seiner öffentlich-rechtlichen Mitgliedschaft hat der Kassenpatient zwar gegenüber der Krankenkasse einen Anspruch auf ärztliche Versorgung; ein Behandlungsvertrag, aus dem eine Aufklärungspflicht resultiert, besteht jedoch zwischen Kassenpatient und Krankenkasse nicht (vgl. C. 1.5.1.2.2.5.3.). Auch zwischen der Krankenkasse und dem Kassenarzt besteht keine unmittelbare vertragliche Beziehung, so daß auch kein Vertrag zugunsten des Kassenpatienten gemäß § 328 BGB zwischen Krankenkasse und Kassenarzt angenommen werden kann, aus dem eine Aufklärungspflicht des Arztes folgen könnte (vgl. C. 1.5.1.2.2.5.3.).

Aus der Eigenart des Krankenkassenwesens und der damit verbundenen besonderen Kassenarzt-Kassenpatient-Beziehung darf jedoch nicht gefolgert werden, daß der Kassenarzt gegenüber dem Kassenpatient vertraglich nicht zur Aufklärung verpflichtet sei. Richtiger Ansicht nach hat § 368 d Abs.4 RVO die Funktion, dem Kassenpatienten gegenüber dem Kassenarzt einen Anspruch auf Beachtung und Einhaltung der nach Vertragsgrundsätzen geltenden Sorgfaltspflichten einzuräumen (vgl. C. 1.5.1.2.2.5.3.). Zwischen Kassenpatient und Kassenarzt besteht eine vertragsähn-

liche "Haftungsbeziehung" gemäß § 368 d Abs.4 RVO, die es rechtfertigt, auf das "Haftungsverhältnis" Vertragsgrundsätze entsprechend anzuwenden (vgl. C. 1.5.1.2.2.6.).

Mit der Feststellung, daß die Aufklärungspflicht eine Vertragspflicht ist, ist aber noch nicht gesagt, welche spezifische Rechtsnatur ihr zukommt.

Eine Einordnung als reine "Obliegenheit", d.h. als das rechtliche "Geratensein" eines bestimmten Verhaltens, dessen Nichtbeachtung rechtliche Nachteile in Form von Schadensersatzansprüchen auslöst (233), ist nicht möglich. Denn anders als bei einer Obliegenheit, deren Erfüllung dem freien Willensentschluß des Obliegenheitsbelasteten überlassen bleibt (234), ist die Aufklärung nicht in das Belieben des Arztes gestellt (235).

Stellenweise wird die Aufklärungspflicht als Hauptleistungspflicht charakterisiert (236), also als eine den Vertragstyp charakterisierende und ihm sein besonderes Gepräge gebende Leistungspflicht, die das Schuldverhältnis als solches zur Entstehung kommen läßt (237).

Diese Auffassung stützt sich im wesentlichen darauf, daß die Treuepflicht des Arztes, die wesentlicher Bestandteil des Behandlungsvertrages sei, verlange, den Patienten zur sachgerechten Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts über Art und Risiken

233) Eser/Schmidt, Schuldrecht Bd.I, AT, § 6 IV

234) Ennercerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 3 II

235) Kuhnert, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, S.36

236) Hollmann, Das ärztliche Gespräch mit dem Patienten - Aufklärungs- und Wahrheitspflicht, NJW 1973, 1393 (1394); Bowitz, Zum Ermessen des Arztes innerhalb der ihm obliegenden Aufklärungspflicht, Med.Klinik 1978, 329 (330); Giesen, Grundzüge der zivilrechtlichen Arzthaftung, Jura 1981, 10 ff. (16)

237) Larenz, Schuldrecht Bd.1, § 11; Kramer in Münchener Kommentar, § 241 BGB Rz.18 m.w.Nachw.

der Behandlung aufzuklären. Die Aufklärungspflicht müßte daher als Ausprägung der Treuepflicht Hauptleistungspflicht sein.

Soweit anderer Ansicht nach die Einordnung als Hauptleistungspflicht abzulehnen ist, kommt es im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht darauf an, ob die Aufklärungspflicht dann als Nebenleistungspflicht oder als reine Nebenpflicht aufzufassen ist. Denn beide Gruppen von Pflichten unterliegen der Inhaltskontrolle nach § 8 AGBG.

Diese letztgenannte Auffassung kann man - wohl - als die vorherrschende bezeichnen (238).

Ferner wird die Aufklärungspflicht als eine Schutzpflicht des Arztes gegenüber dem Patienten bezeichnet, die jedoch nicht das wesentliche Element des Arztvertrages sei, da dieser auf Heilung, nicht aber auf Aufklärung ausgerichtet ist. (238 a)

Die Einordnung der Aufklärungspflicht als vertragliche Nebenpflicht führt zur Inhaltskontrolle gemäß § 8 AGBG.

3.4.2. Stellungnahme

Eine Einstufung der ärztlichen Aufklärungspflicht als bloße Nebenpflicht des Behandlungsvertrages bzw. des zwischen Kassenarzt und Kassenpatient bestehenden Haftungsverhältnisses verkennt jedoch sowohl die Stellung der Aufklärungspflicht in der Pflichtenvielfalt des Behandlungsvertrages, als auch die Bedeutung der

238) OLG Stuttgart NJW 1973, 560; Weitnauer, Fragen der Verantwortlichkeit des Arztes in zivilrechtlicher Sicht, DB 1961, Beilage Nr.21, S.3; Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S.8; Kuhnert, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, S.39 m.w.zahlr.Nachw.

238 a) Kuhnert, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, S. 39

Aufklärungspflicht als Ausfluß des zwischen Kassenarzt und Kassenpatient bestehenden Haftungsverhältnisses. Denn das verfassungsrechtlich in Art. 1 und 2 GG geschützte unverzichtbare Selbstbestimmungsrecht des Patienten läßt eine rechtmäßige Durchführung des ärztlichen Heileingriffs nur zu, wenn und soweit eine wirksame Einwilligung vorliegt. Die Einwilligung ihrerseits ist nur in dem Umfang wirksam, in dem sie durch eine ausreichende Aufklärung gedeckt ist.

Fehlt es an einer ausreichenden Aufklärung und somit an einer wirksamen Einwilligung, so wäre der Arzt -mit anderen Worten- auf der Grundlage der vorherrschenden Meinung kraft des Behandlungsvertrages bzw. -beim Kassenpatienten- aufgrund der gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung bestehenden Verpflichtung zur kassenärztlichen Versorgung (§ 368 a Abs. 4 RVO) verpflichtet, eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Körperverletzung zu begehen.

Eine vertragliche Verpflichtung, gerichtet auf die Begehung einer Körperverletzung, ist jedoch nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Denn rechtsgeschäftliche Vereinbarungen, die der Vorbereitung einer Straftat dienen, sind bei Kenntnis des Beteiligten, ja sogar bei fahrlässiger Unkenntnis, sittenwidrig (239).

Der Kassenarzt ist zwar dem Kassenpatienten gegenüber nicht vertraglich verpflichtet ; auch beruht die Verpflichtung zur kassenärztlichen Versorgung gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung nicht auf einem bürgerlich-rechtlichen Einzeldienstvertrag, sondern auf einem zwangsweisen Zusammenschluß (§ 368 k RVO; vgl. auch C. 1.5.1.2.2.1.).

Von diesen Vorüberlegungen ausgehend ist die ärztliche Aufklärung jedenfalls beim Privatpatienten eine Hauptpflicht des auf Durchführung notwendiger Heilbehandlungsmaßnahmen gerichteten Behandlungsvertrages . Rechtsdogmatisch ist der

239) BGH DB 1971, 39; Mayer-Maly in Münchener Kommentar, § 138 BGB Rz. 37

Arztvertrag mit einem Privatpatienten daher in zwei gesonderte Stufen aufzugliedern.

Die erste Stufe beinhaltet ausschließlich die vertragliche Verpflichtung des Arztes zur Aufklärung des Patienten. In dieser Stufe will der Patient als der "Ratsuchende" den Untersuchungsbefund erfahren sowie über Art, Umfang und Risiken eventuell notwendig werdender Heilbehandlungsmaßnahmen aufgeklärt werden.

An diese erste Stufe kann sich aufgrund einer erneuten Willensbetätigung des Patienten - nämlich durch Einwilligung - die zweite Stufe des Arztvertrages anschließen, aufgrund deren der Arzt zur Durchführung der Heilbehandlung verpflichtet ist. Wesentlicher und typischer Inhalt dieser zweiten Stufe ist die angestrebte Heilung des Patienten durch tatsächliche Durchführung der Behandlungsmaßnahmen.

Auf der Grundlage dieser "Zweistufentheorie" ist die Aufklärungspflicht des Arztes als ausschließlicher Vertragsinhalt der ersten Stufe als Hauptleistungspflicht einzuordnen. Als solche ist sie von der Inhaltskontrolle nach den §§ 8 ff. AGBG ausgenommen.

Auf das zwischen Kassenarzt und Kassenpatient bestehende Verhältnis können diese Grundsätze nicht uneingeschränkt übertragen werden; dies beruht darauf, daß die zwischen Kassenarzt - Kassenärztlicher Vereinigung - Krankenkasse - Kassenpatient bestehenden Rechtsverhältnisse öffentlich rechtlicher Natur sind. Indes besteht zwischen Kassenarzt und Kassenpatient ein, nach bürgerlichem Recht zu beurteilendes "Haftungsverhältnis" (vgl. C. 1.5.1.2.2.6.) Ausgehend von der Überlegung, daß eine ohne die Patienteneinwilligung vorgenommene Heilbehandlungsmaßnahme eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Körperverletzung darstellt, sowie der weiteren Überlegung, daß die Einwilligung des Patienten nur nach erfolgter ordnungsgemäßer Aufklärung wirksam ist, kann auch dieses "Haftungsverhältnis" in zwei Stufen eingeteilt werden, nämlich:

Die erste Stufe wird gebildet durch die Aufklärungspflicht. Denn

ohne Durchführung der Aufklärung wandelt sich das "Haftungsverhältnis" -sofern ein Schaden und Verschulden des Arztes vorliegt- in ein "Schadensersatzverhältnis", da die ohne Aufklärung durchgeführte Heilbehandlung mangels wirksamer Einwilligung stets tatbestandsmäßig und rechtswidrig ist.

An diese erste Stufe schließt sich -nach erfolgter Einwilligung des Patienten- die zweite Stufe, die darin besteht, daß die Heilbehandlung "lege artis" durchgeführt wird.

Mit anderen Worten: Das "Haftungsverhältnis" enthält für den Kassenarzt in der ersten Stufe die Aufklärungspflicht als Hauptleistungspflicht, um dem verfassungsrechtlich geschützten und unverzichtbaren Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu genügen.

Als solches ist die Aufklärungspflicht auch im Rahmen des zwischen Kassenarzt und Kassenpatient bestehenden Haftungsverhältnisses von der Inhaltskontrolle nach den §§ 8 ff. AGBG ausgenommen.

3.5. Beweislastumkehr als weitergehender Zweck ärztlicher Aufklärungsformulare

Ebenfalls von der Inhaltskontrolle ausgenommen sind Allgemeine Geschäftsbedingungen, die keine rechtlichen Regelungen enthalten. Dies ist grundsätzlich der Fall bei bloßen Tatsachenerklärungen. Wie aus § 11 Nr. 15 b AGBG hervorgeht, können aber auch solche tatsächlichen Erklärungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann der Inhaltskontrolle unterliegen, wenn und soweit sie "nichts weiter als eine besondere kautelarjuristische Methode" darstellen, "von gesetzlichen (Beweislast-) Regelungen abzuweichen oder sie zu ergänzen"(240).

240) So Schlosser/Staudinger, § 8 AGBG Rz.1; im Ergebnis ähnlich: Dietlein/Rebmann, AGB Aktuell, § 8 Rz. 2; Brandner in UBH § 11 Nr. 15 Rz. 14; Koch/Stübing, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Kommentar zum AGBG, § 2 Rz.2

Ärztliche Aufklärungsformulare sollen zunächst den Patienten über Art, Umfang und Risiken der Heilbehandlung aufklären. In diesem Sinne enthalten sie keine rechtlichen Regelungen, sondern bloße Tatsachenerklärungen bzw. Wissensmitteilungen; in diesem Bereich erfolgt eine Inhaltskontrolle grundsätzlich nicht (241).

Zugleich kommt den Aufklärungsformularen jedoch insofern rechtlicher Regelungsgehalt zu, als sie den Ärzten im Haftungsprozeß als Beweismittel dafür dienen sollen, daß der Patient in die Behandlung eingewilligt habe und die vorausgesetzte Aufklärung erfolgt ist. Mit der formularmäßigen Erklärung des Patienten, vom Arzt aufgeklärt worden zu sein, wird die an sich dem Arzt obliegende Beweislast für das Vorliegen der Patienteneinwilligung derart auf den Patienten übertragen, daß dieser nunmehr die nicht oder nicht ordnungsgemäß erfolgte Aufklärung und damit seine mangelnde Einwilligung beweisen muß.

Ärztliche Aufklärungsformulare enthalten somit "ergänzende Regelungen" i.S.d. § 8 AGBG über die Beweislast (242). In dieser Hinsicht kommt den ärztlichen Aufklärungsformularen rechtlicher Regelungsgehalt zu mit der Folge, daß sie insoweit der Inhaltskontrolle unterliegen.

3.6. Ärztliche Aufklärungsformulare und § 11 Nr. 15 b AGBG

3.6.1. Regelungsinhalt des § 11 Nr. 15 b AGBG

Nach § 11 Nr. 15 b AGBG ist eine Bestimmung in Allgemeinen Ge-

241) Brandner in UBH, § 8 Rz.2; Dietlein/Rebmann, AGB Aktuell, § 8 Rz.2; Koch/Stübing, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Kommentar zum AGBG, § 8 Rz.7

242) Niebling, Ärztliche Formularaufklärung und AGB-Gesetz, MDR 1982, 193 (194)

schäftsbedingungen unwirksam, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils dadurch ändert, daß er den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen läßt.

Von § 11 Nr. 15 b AGBG werden Tatsachenbestätigungen nur erfaßt, wenn sie die kraft Gesetzes bestehende Beweislast ändern (243). Nicht erforderlich ist, daß die Beweislast umgekehrt wird, wie es noch der Vorschlag der Arbeitsgruppe (244) vorsah (245).

§ 11 Nr. 15 b AGBG greift schon dann ein, wenn die Beweisführung für den Kunden lediglich erschwert wird (246). In der Begründung zum Regierungsentwurf wird für das Verbot des § 11 Nr. 15 b AGBG als tragender Gesichtspunkt herausgestellt, daß der Verwender nicht in Form der Bestätigung ein "vorgefertigtes Beweismittel" erhalten soll, mit dessen Hilfe ein "späteres gegenteiliges Vorbringen" des Kunden "erschwert oder unmöglich gemacht" wird (247).

Von § 11 Nr. 15 b AGBG werden jedoch nur solche Tatsachenbestätigungen erfaßt, die im Falle der - für die Prüfung zu unterstellenden - Wirksamkeit der Klausel die kraft Gesetzes bestehende Beweislast verändern (248).

243) Schlosser/Staudinger, § 11 Nr. 15 AGBG Rz.9

244) Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim BMI mit Vorschlägen zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber AGB, März 1974 (hrsg. vom BMI), § 8 Nr. 16

245) Stübing, Tatsachenbestätigungen und Fiktionen im AGB, NJW 1978, 1606 ff. (1610)

246) Stübing, Tatsachenbestätigungen und Fiktionen im AGB, NJW 1978, 1606 ff. (1610)

247) Begr. zum RegE., BT-Drucks. 7/3919, S.39

248) OLG Karlsruhe, BB 1983, 725 (726)

Allgemeine Geschäftsbedingungen, durch die nur ein Beweisanzeichen oder ein Beweisindiz geschaffen wird, fallen nicht unter § 11 Nr. 15 b AGBG (249).

Die Abgrenzung zwischen einer von § 11 Nr. 15 b AGBG erfaßten Beweislaständerung und einer, hiervon nicht erfaßten bloßen Beschaffung eines Beweisanzeichens bzw. Beweisindizes ist deshalb von entscheidender Bedeutung, weil § 11 Nr. 15 b AGBG über die Nichtgeltung der gewollten Beweislastveränderung hinaus zur Folge hat, daß diese nach § 11 Nr. 15 b AGBG unwirksame Klausel nicht einmal als Beweisindiz verwandt werden darf (250).

3.6.2. Ärztliche Aufklärungsformulare als Beweislaständerung oder als Beweisanzeichen?

Im Prozeß um die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht obliegt die Beweislast dem Arzt (vgl. A. 3.). Denn der Vortrag des Arztes, ausreichend aufgeklärt zu haben, bedeutet die Inanspruchnahme eines Rechtfertigungsgrundes, für den er beweispflichtig ist.

In den ärztlichen Aufklärungsformularen bestätigt der Patient aufgeklärt worden zu sein. Ob diese Klausel als Beweisanzeichen oder als Mittel der Beweislaständerung anzusehen ist, ist nach Kenntnis des Verfassers bislang nicht erörtert worden.

Die Rechtssprechung hat zwar schon verschiedentlich AGB-Klauseln

249) OLG Karlsruhe, BB 1983, 725 ff. (726); Schlosser-Staudinger, § 11 Nr. 15 AGBG Rz. 2 u. § 11 Nr. 14 AGBG Rz. 11

250) Schlosser/Staudinger, § 11 Nr. 15 AGBG Rz. 14; Heinrichs, Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 1505 ff (1507); Stübing, Tatsachenbestätigungen und Fiktionen im AGB, NJW 1978, 1606 ff (1611)

zu beurteilen gehabt, worin der Kunde formularmäßig bestätigte, daß die Vertragsbedingungen zwischen den Parteien im einzelnen ausgehandelt und endgültig festgelegt wurden (251).

Der BGH hat in seinen Entscheidungen vom 20.10.1976 (252) und vom 15.12.1976 (253) diese vorgenannten Klauseln nicht die Wirkung einer Beweislastumkehr entnommen. Der BGH mißt einer derartigen "Bestätigung" vielmehr nur den Wert eines Beweisanzeichens bei, "das im Zusammenhang mit dem übrigen Inhalt der gesamten Verhandlungen und dem Ergebnis einer etwaigen Beweisaufnahme zu würdigen ist, dessen Stärke von den Besonderheiten des konkreten Einzelfalles ... abhängt" (254).

Hierbei bleibt jedoch unberücksichtigt, daß der Patient, der formularmäßig bestätigt, aufgeklärt worden zu sein, das Gegenteil beweisen muß. Der Arzt ist des von ihm zu führenden Nachweises enthoben, daß er den Patienten entsprechend dem im Aufklärungsformular verankerten Umfang auch tatsächlich verständlich aufgeklärt hat. Dem Patienten obliegt nunmehr der Gegenbeweis, daß diese Aufklärung in dem im Aufklärungsformular genannten Umfang nicht erfolgt ist. Damit wird eine Beweislaständerung herbeigeführt.

Die formularmäßige Bestätigung der erfolgten Aufklärung ist somit gemäß § 11 Nr. 15 b AGBG unwirksam und darf vom Richter nicht einmal als Beweisanzeichen für eine erfolgte Aufklärung herangezogen werden. Insoweit kann von einem Beweismündigungsverbot gesprochen werden.

251) BGH BB 1977, 59 ff ; BGH BB 1977 ;
Vgl. z.B. OLG Karlsruhe, BB 1983, 725 ff;

252) BGH v. 20.10.76 - IV ZR 135/75 in BB 1977, 59 ff

253) BGH v. 15.12.76 - IV ZR 197/75 in BB 1977, 715 ff

254) BGH, BB 1977, 715 ff (717)

Nach § 416 ZPO begründen Privaturkunden, die vom Aussteller unterschrieben sind, den vollen Beweis dafür, daß die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern herrühren. Bei den Aufklärungsformularen, die vom Patienten unterzeichnet sind, handelt es sich um solche Privaturkunden.

Bewiesen wird damit freilich nur der Umstand, daß der Patient das Aufklärungsformular unterzeichnet hat, nicht aber, ob diese Aufklärung tatsächlich erfolgt ist.

Der Unwirksamkeit der formularmäßigen Patientenbestätigung, hinreichend aufgeklärt worden zu sein, steht auch nicht die Bestimmung des § 11 Nr. 15 Satz 2 AGBG entgegen, die für gesondert unterzeichnete Empfangsbekanntnisse eine Ausnahme statuiert. Denn die Patientenbestätigung ist kein "Empfangsbekanntnis" im Sinne vorgenannter Vorschrift; gemeint sind hiermit Quittungen im Sinne des § 368 BGB (255).

3.7. Ärztliche Aufklärungsformulare und § 4 AGBG

3.7.1. Problemdarstellung

Aufklärungsformulare können und sollen ein ergänzendes Aufklärungsgespräch nicht ersetzen. Die aufklärungsbedürftigen Risiken sind zu zahlreich, als daß sie sämtlich in einem Aufklärungsformular enthalten sein können.

255) Kötz in Münchener Kommentar, § 11 AGBG, Rz. 157; Schlosser/Staudinger, § 11 Nr. 15 AGBG Rz. 10; anders wäre die Beurteilung, wenn der Patient bestätigt, ein Aufklärungsformular erhalten zu haben. Die gängigen Klauseln der Aufklärungsformulare sehen diese Möglichkeit jedoch nicht vor (vgl. Niebling, Ärztliche Formularaufklärung und AGB-Gesetz, MDR 1982, 193 (196))

Ein anschauliches Beispiel bietet hierfür der vom BGH im Urteil vom 7.2.1984 (256) entschiedene Fall:

Hier hatte sich die klagende Patientin wegen Lymphknotenvergrößerungen an beiden Halsseiten und im linken oberen Mediastinum (Brustraum) in ein Krankenhaus begeben, wo eine Lymphogranulomatose (Hodgkin'sche Krankheit) des Stadiums II A festgestellt wurde. Unter der Behandlungsführung des beklagten Arztes wurde mit der Bestrahlung der Lymphknoten der oberen Körperhälfte an der Telecobalteinheit des Krankenhauses begonnen. Zu Beginn der Behandlung wurde der Klägerin ein "Merkblatt für Bestrahlungspatienten" ausgehändigt. Ein Hinweis auf das Risiko einer Rückenmarkschädigung erfolgte nicht. Bei der Bestrahlung des Mediastinums wurde das Rückenmark mitbelastet.

Aus diesem Fall wird deutlich, daß neben der Formularaufklärung auch noch mündliche Aufklärungsgespräche mit dem Patienten geführt werden müssen. Es stellt sich daher die Frage nach dem Verhältnis der Formularaufklärung zur mündlichen Patientenaufklärung.

Dabei kann die Frage, ob sich der Arzt auf eine weitergehende mündliche Aufklärung des Patienten berufen kann, vorweg beantwortet werden. Aus den Urteilsgründen der Entscheidung des BGH vom 7.2.1984 (257) ist zu entnehmen, daß eine über den Inhalt der Formularaufklärung hinausgehende mündliche Aufklärung wirksam ist, die Formularaufklärung also keine Ausschlußfunktion hat. Für eine solche weitergehende mündliche Aufklärung trägt der Arzt entsprechend den unter A. 3. dargestellten Beweislastgrundsätzen die volle Darlegungs- und Beweislast. Sofern der Inhalt eines vom Arzt behaupteten Aufklärungsgesprächs nicht feststellbar ist, verbleibt es bei dem Inhalt der Formularaufklärung, die somit eine Vermutung der Vollständigkeit in sich trägt.

256) BGH v. 7.2.1984 - VI ZR 174/82 in NJW 1984, 1397

257) BGH v. 7.2.1984 - VI ZR 174/82 in NJW 1984, 1397

3.7.2. Verhältnis Formularaufklärung - mündliches Aufklärungsgespräch

Führt der Arzt vor oder nach der Formularaufklärung mit dem Patienten ein mündliches Aufklärungsgespräch durch, in dem er inhaltlich von der Formularaufklärung abweicht, erhebt sich die Frage, ob diese mündliche Patientenaufklärung Vorrang vor der Formularaufklärung hat und wer die Beweislast für das Stattfinden und den Inhalt des Aufklärungsgesprächs trägt.

Nach § 4 AGBG haben "individuelle Vertragsabreden" den Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dieser Grundsatz beruht auf der Überlegung, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen als generelle Richtlinien in abstracto vorformuliert und daher von vornherein auf Ergänzung durch die individuelle Einigung angelegt sind. "Sie können und sollen deshalb nur insoweit Geltung beanspruchen, als die von den Parteien getroffene Individualabrede dafür noch Raum läßt" (258).

§ 4 AGBG räumt "individuellen Vertragsabreden" stets den Vorrang gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein, so daß es unerheblich ist, ob die Individualabrede von den Parteien vor, bei oder erst nach Abschluß des Vertrages getroffen wurde; gleichgültig ist ebenfalls, ob die Individualabrede mündlich, schriftlich, ausdrücklich oder schlüssig getroffen worden ist (259).

Nach dem Wortlaut des § 4 AGBG bilden nur beiderseitige Individualabreden den Gegenstand dieser Vorschrift. Mit Rücksicht auf die Funktion des § 4 AGBG, nämlich einer relativ spezielleren

258) Kötz in Münchener Kommentar, § 4 AGBG Rz.1

259) Kötz in Münchener Kommentar, § 4 AGBG Rz.3;

Schlosser/Staudinger, § 4 AGBG Rz. 10;

Lindacher in WHL, § 4 AGBG Rz.4

Regelung den Vorrang vor einer relativ allgemeineren Regelung einzuräumen (260), bestehen indes keine Bedenken dagegen, diese Vorschrift analog auf Fälle anzuwenden, in denen einseitige individuelle Erklärungen des Verwenders mit dem Inhalt seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Widerspruch stehen (261).

Wie das AGBG insgesamt, so ist auch § 4 AGBG daher auf die Patientenaufklärung analog anzuwenden.

Der Inhalt des mündlichen Aufklärungsgesprächs hat somit Vorrang vor der Formularaufklärung.

Aus diesem Vorrang des mündlichen Aufklärungsgesprächs gemäß § 4 AGBG scheinen sich jedoch Beweisprobleme zu ergeben. Denn das Aufklärungsformular ist nichts anderes als die über eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung aufgenommene Urkunde, welche -wie die Vertragsurkunden- die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit in sich trägt (262). Dabei kann es für das Eingreifen der Vermutung nicht auf eine "Schriftformklausel" ankommen, in der der Patient bestätigt, daß mündliche Nebenabreden nicht getroffen worden sind; die in ständiger Rechtsprechung anerkannte Beweisvermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit einer Vertragsurkunde beruht nämlich nicht auf der Auslegungsregel des § 125 Satz 2 BGB, "sondern auf dem tatsächlichen Vorgang der schriftlichen Fixierung der Vertragsabreden in einer Urkunde" (263). Dies bedeutet, daß der Patient behaupten und beweisen müßte, daß ein von der Formularaufklärung inhaltlich abweichendes mündliches Aufklärungsgespräch stattgefunden hat, dessen Inhalt er ebenfalls näher darlegen und beweisen müßte.

260) Schlosser/Staudinger, § 4 AGBG Rz.10

261) Ulmer in UBH, § 4 AGBG Rz.10 a; so auch Schlosser/Staudinger, § 4 AGBG Rz.1 zur Geltung des § 4 AGBG auf bloße Vertragsangebote

262) Vgl. nur Heinrichs-Palandt, § 125 BGB Rz.5 m.w.Nachw.

263) Ulmer in UBH, § 4 AGBG Rz.48 mw.Nachw.; so auch Schlosser/Staudinger, § 4 AGBG Rz.34

Unter 3.6. ist dargestellt worden, daß dem Aufklärungsformular die Funktion eines Beweisanzeichens nicht zukommt. Dies bedeutet zugleich, daß sich der Arzt auch nicht auf die Beweisvermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Aufklärungsformulars-Ür-kunde berufen kann. Für den mit einem Aufklärungsformular be-faßten Richter ist es jedoch nicht nötig, das Verhältnis des § 4 AGBG zu den § 9 - 11 AGBG klarzustellen. Er kann sich damit be-gnügen, zu sagen, jedenfalls sei die Klausel nach einer der in Frage kommenden Maßstäbe, also nach § 11 Nr.15 b AGBG, oder nach § 4 AGBG, nicht Vertragsbestandteil geworden.

Somit steht in jedem Fall fest, daß sich der Arzt zum Beweis einer erfolgten Aufklärung nicht auf das Aufklärungsformular berufen kann. Diesem kommt keinerlei Beweisfunktion zu. Der Patient muß daher das Vorliegen einer "Individualabrede", d.h. einer münd-lichen Aufklärung, nicht beweisen.

4. Die Arzneimittelaufklärung

4.1. Arzneimittelverabreichung als Körperverletzung

Nach Art.1 § 2 AMG sind Arzneimittel Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen, die dazu bestimmt und geeignet sind, durch Umwandlung am oder im menschlichen Körper Krankheiten, Leiden oder Körper-schäden zu heilen, zu lindern oder zu erkennen.

Arzneimittel herzustellen, deren Wirkungsspektrum ausschließlich die therapeutisch gewünschte Breite aufweist, ist bis heute prak-tisch nicht möglich; es gibt kein Arzneimittel, das nicht mit un-erwünschten schädlichen Nebenwirkungen verbunden ist. Der Wirksamkeit des Arzneimittels entspricht -quasi als deren

Kehrseite- der Eintritt der schädlichen Nebenwirkung (264).

Aus dem absoluten Schutz des in Art.1 und 2 GG verankerten Selbstbestimmungsrechts des Patienten folgt, daß die Heilbehandlung zu ihrer Zulässigkeit in ihrer Gesamtheit einer Erlaubnis bedarf (265), die sich nach den allgemein geltenden Grundsätzen der Patienteneinwilligung in eine ärztliche Heilbehandlungsmaßnahme richtet.

Ist somit die Einwilligung des Patienten in die Arzneimittelanwendung -als eine Form der ärztlichen Heilbehandlung- erforderlich, so folgt daraus zugleich, daß eine Aufklärung des Patienten zu erfolgen hat, deren Inhalt und Umfang sich grundsätzlich nach den allgemeinen, für die Aufklärungspflicht des Arztes bei Eingriffen anderer Natur entwickelten Regeln richten.

Auf die Spezialregelungen des § 40 AMG für das klinische Experiment und § 41 AMG für den Heilversuch soll hier nicht näher eingegangen werden. Soweit die zu erprobenden Heilmittel schon nach dem AMG zugelassen oder von der Zulassung befreit sind, gelten diese Vorschriften gemäß § 42 AMG ohnehin nicht.

-
- 264) Günter, Sorgfaltspflichten bei Neuentwicklung und Vertrieb pharmazeutischer Präparate, NJW 1972, 309;
Uhlenbruck, Haftungsfragen bei fehlerhafter Anwendung von Arzneimitteln, Med.Klinik 1974, 445(446); Kuhnert, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, S.95
- 265) Trockel, Das Recht des Arztes zur Heilbehandlung unter Entwicklung und Erprobung neuer Heilmethoden, NJW 1979, 2329 (2330)

4.2. Abweichungen vom Umfang der allgemeinen Aufklärungspflicht

Allein aus der potentiellen Gefährlichkeit eines jeden Arzneimittels kann nicht gefolgert werden, daß die zwangsläufig einhergehenden Nebenwirkungen als Verwirklichung des "allgemeinen Lebensrisikos" (266) eine Aufklärung entbehrlich machen. Denn unter den Begriff des allgemeinen Lebensrisikos fallen nur solche Nachteile, die mit der natürlichen Existenz des Geschädigten als solcher üblicherweise als möglich verbunden sind (267).

Auch wenn das Befallenwerden von einer Krankheit als solches ein "menschliches Geschick" ist (268), so ist doch das Risiko des Eintritts von schädlichen Nebenwirkungen bei medikamentöser Behandlung nicht mit dem menschlichen Leben als solchem üblicherweise verbunden; vielmehr wird die konkrete Gefährdung erst durch die Medikamentenanwendung verursacht (269).

Von besonderer Bedeutung ist hingegen, daß die medikamentöse Heilbehandlung - sofern nicht eine stationäre Behandlung stattfindet - überwiegend im Privatbereich des Patienten abläuft, die einer direkten Kontrollmöglichkeit des Arztes entzogen ist. Diese sog. "Selbstmedikation" ist - wie Ahlgrimm ausführt - "in" (270). Ahlgrimm sieht die Ursachen dieser Selbstmedikation im wesentlichen im "Zwang zum Sparen bei den Krankenkassen" und in der Flucht vor der Chemie zurück zur Natur" (271).

Ansichts dieser Umstände muß der Arzt den Patienten durch Aufklärung in die Lage versetzen, die typischen Erscheinungsformen von medikamentösen Nebenwirkungen selbst zu erkennen, um im Er-

266) Kuhnert, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, S.97

267) BGHZ 27, 137 (141); BGH JZ 69, 702 (704)

268) BGH JZ 1969, 702 (704)

269) Kuhnert, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, S.97

270) Ahlgrimm, Risiken der Selbstmedikation, Beilage der Süddeutschen Zeitung Nr. 248 zur Ausgabe v. 25.10.1984, S.51

271) Ahlgrimm, Risiken der Selbstmedikation, Beilage der Süddeutschen Zeitung Nr. 248 zur Ausgabe v. 25.10.1984, S.51

kenntnisfall rechtzeitig den Arzt aufsuchen oder die Medikamenteneinnahme abbrechen zu können (272).

Die Nebenwirkungen eines Medikaments, die der Aufklärungspflicht des Arztes unterfallen, sind in Art.1 § 4 Nr.13 AMG festgelegt. Das AMG stellt auf den bestimmungsgemäßen Gebrauch ab und definiert die Nebenwirkungen als die bei dem bestimmungsgemäßen Gebrauch eines Medikamentes auftretenden unerwünschten Begleiterscheinungen.

Schäden, die durch Arzneimittelmißbrauch in Form von Aufnahme toxischer Mengen verursacht werden, fallen daher nicht darunter.

Für den Arzt besteht angesichts der unüberschaubaren Möglichkeit der Nebenwirkungen - insbesondere durch nicht kontrollierbare "Selbstmedikation" des Patienten mit anderen Arzneimitteln - die Verpflichtung, den Patienten umfassend aufzuklären. Es obliegt dem Arzt und nicht etwa dem Patienten, über Arzneimittlempfindlichkeiten zu unterrichten (273).

Die möglichen Kombinationswirkungen bei Einnahme verschiedener Medikamente erhöht die Anforderungen an die Aufklärungspflicht des Arztes bei Medikamenten gegenüber der Anwendung anderer Behandlungsmethoden. Denn hier muß der Arzt durch eine umfassende Aufklärung eine medikamentöse "Eigenbehandlung" des Patienten weitgehend unterbinden, eine Pflicht, die bei der stationären Behandlung jedenfalls nicht in solchem Umfang besteht (274).

272) Kuhnert, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, S.99

273) Herold, Zur Frage der ärztlichen Sorgfaltspflicht: Wenn der Arzt oder Zahnarzt dem Patienten eine Arznei mit allergischen Nebenwirkungen verabreicht, Med.Klinik 1963, 884 (885); Trube/Becker, Haftung des Arztes bei der Verordnung neuer Medikamente, Med.Klinik 1967, 156 (157)

274) Kuhnert, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes,

4.3. Verweisungsmöglichkeit des Arztes auf die Arzneimittel- packungsbeilage

Bei der Verordnung von Medikamenten ist für die Frage der Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht von besonderer Bedeutung, inwieweit der Arzt den Patienten auf die Packungsbeilage verweisen kann.

Nach Art.1 § 11 Abs.1 AMG müssen Arzneimittel mit einer Packungsbeilage versehen werden, die in deutlich lesbarer Schrift und in deutscher Sprache mögliche Kontraindikationen und Nebenwirkungen wiederzugeben haben.

Mit der Packungsbeilage (auch Beipackzettel genannt) will der Arzneimittelhersteller in erster Linie seiner Aufklärungspflicht genügen, die erstmals durch das sog. ESTIL-Urteil des BGH (275) festgelegt wurde. In dieser Entscheidung führt der BGH aus, daß zwar in erster Linie der Arzt für die Therapie verantwortlich ist und eine Mitverantwortung des Arzneiherstellers zweifelhaft erscheint.

Für den Hersteller besteht jedoch die Pflicht, nicht nur über mögliche Gefahren bei bestimmungsgemäßer Anwendung aufzuklären, sondern auch über die bei bestimmungswidrigem Gebrauch eintretenden Folgen. Kommt der Arzneimittelhersteller dieser Aufklärungspflicht nicht nach, so kann er u.U. über § 823 BGB haftbar gemacht werden.

Angesichts dieser Rechtslage ist es verständlich, daß in vergangener Zeit die Packungsbeilagen in zunehmendem Maße alle nur denkbaren Risiken erfassen wollen.

Die Packungsbeilage, die sämtliche denkbaren Risiken an Kontraindikationen und Nebenwirkungen zu erfassen sucht, entspricht ihrer

Funktion nach den ärztlichen Aufklärungsbögen, allerdings primär ausgerichtet auf die Erfüllung der dem Arzneimittelhersteller obliegenden Aufklärungspflicht. Verweist der Arzt den Patienten auf diese Formularaufklärung des Arzneimittelherstellers, so macht er sich diese zu eigen.

Im folgenden soll daher die Wirksamkeit einer solchen Verweisung anhand des AGBG untersucht werden.

4.4. Wirksamkeit einer Verweisung auf die Packungsbeilage

4.4.1. Analoge Anwendung des AGBG

Ebenso wie bei sonstigen ärztlichen Heilbehandlungsmaßnahmen ist die Einwilligung in medikamentöse Heilbehandlungsmaßnahmen keine rechtsgeschäftliche Erklärung, so daß eine unmittelbare Anwendung des AGBG ausscheidet.

Ob allerdings auch bei der Einwilligung in medikamentöse Heilbehandlungen eine analoge Anwendung des AGBG gerechtfertigt ist, erscheint fraglich.

Es wurde bereits dargestellt (vgl. C. 1.3.3.), daß das gesetzgeberische Anliegen der Schutz des intellektuell, wirtschaftlich oder organisatorisch unterlegenen Vertragspartners des Verwenders ist. Aufgrund des "Informationsvorsprungs" des Arztes gegenüber dem Patienten und der dadurch bedingten intellektuellen Überlegenheit wurde eine analoge Anwendung des AGBG befürwortet.

Gegen die Annahme eines solchen Informationsvorsprungs des Arztes könnte eingewandt werden, daß dem Arzt angesichts der Vielzahl der heutigen Arzneimittelspezialitäten selbst die notwendige Kenntnis fehlt, um den Patienten ausreichend aufklären zu können(276).

276) Kuhnert, Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, S.110/111

Jedoch erfährt der Arzt während seines Studiums wie auch in Gefolg seiner ärztlichen Fortbildungspflicht eine pharmakologische Grundausbildung, die ihn in die Lage versetzt, die wissenschaftlichen Erkenntnisse über die Nebenfolgen des verwendeten/verschriebenen Medikaments nachzuvollziehen und zu erkennen (277). Jedenfalls gegenüber dem Patienten befindet sich der Arzt somit in einer Position intellektueller Überlegenheit.

Der Schutzzweck des AGBG rechtfertigt daher auch im Bereich des Arzneimittelrechts eine analoge Anwendung des AGBG auf die Patienteneinwilligung.

4.4.2. Person des "Verwenders" und der "anderen Vertragspartei"

Was die Person des "Verwenders" betrifft, so ergibt sich gegenüber dem bisher gewonnenen Ergebnis keine Abweichung. Unerheblich ist insoweit, daß in erster Linie der Arzneimittelhersteller als der Verwender der in der Packungsbeilage enthaltenen Formularaufklärung erscheint. Im allgemeinen wird der Bestimmung des § 13 Abs.1 AGBG entnommen, daß auch derjenige zum "Verwender" wird, der die von dritter Seite entwickelten Bedingungen aufgreift und seinem Vertragspartner stellt (278).

Auch die Bestimmung "der anderen Vertragspartei" beurteilt sich nach den bisher gewonnenen Kriterien.

4.4.3. Die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 2 AGBG

277) Vgl. auch BGH NJW 1981, 628 (629); Kohlhaas, Ärztliche Pflichten bei Verabreichung neuer Arzneimittel, Münchn. Med.Wschr.1964, 2281 (2284)

278) Schlosser/Staudinger, § 1 AGBG Rz. 20

Ferner erhebt sich die Frage, ob die bloße Verweisung des Patienten auf die Packungsbeilage den "Einbeziehungs Voraussetzungen" des § 2 AGBG genügt.

Denn anerkanntermaßen muß die Aufklärung vor der Einwilligung erfolgen, da letztere anderenfalls unwirksam ist (vgl. B. 1.3.). Die teleologische Auslegung der Einbeziehungs Voraussetzungen des § 2 AGBG hat für die formularmäßige Patienteneinwilligung ergeben, daß die ärztlichen Aufklärungsformulare dem Patienten spätestens zu dem Zeitpunkt zur Kenntnisnahme gereicht werden müssen, in dem er noch die tatsächliche Möglichkeit hat, das Für und Wider der Behandlung abzuwägen und ihm eine realistische Möglichkeit der "Umkehr" verbleibt (vgl. C. 2.4.3.).

Von diesen Grundsätzen ausgehend, ergibt sich für die Einwilligung des Patienten in eine medikamentöse Heilbehandlung folgendes Bild:

Der Patient sucht den Arzt auf, der ihn untersucht und den Befund mitteilt. Anschließend - u.U. nach erfolgter Aufklärung über Verlauf und Erfolg der vorgesehenen Heilbehandlungsmaßnahmen - verschreibt er dem Patienten ein Medikament, gegebenenfalls noch unter Hinweis auf die im Einzelfall erforderliche Dosierung; im übrigen unterbleibt im Regelfall eine Aufklärung über die mit der Einnahme des Medikaments möglicherweise verbundenen Kontraindikationen und schädlichen Nebenwirkungen im Vertrauen darauf, daß der Patient den Beipackzettel zur Kenntnis nimmt, inhaltlich versteht und berücksichtigt (279).

Eine realistische Möglichkeit der "Umkehr" und des Abwägens des Für und Wider verbleibt dem Patienten hier nicht mehr. Die Packungsbeilage, die formularmäßig über Kontraindikationen und Nebenwirkungen aufklärt, erhält der Patient erst, nachdem er das Medikament in der Apotheke abgeholt hat.

Ihm als Laien sind aber im Regelfall die nach Art.1 § 11 Abs.1 Nr.3 AMG erforderlichen Angaben über die Bestandteile eines Medikaments ebenso unverständlich wie die Angaben über Kontraindikationen und Nebenwirkungen. Letztere richtig zu bewerten, ist der Patient so gut wie gar nicht in der Lage (280).

M.a.W.: Die Packungsbeilage besitzt als Formularaufklärung für den Patienten keinen ausreichenden Informationswert (281).

Mangels eigenen Verständnisses ist der Patient dem Arzt "ausgeliefert", eine dem Selbstbestimmungsrecht gerecht werdende Abwägungs- und Umkehrmöglichkeit besteht für den Patienten mithin nicht. Somit bleibt festzustellen, daß der Arzt mit der Verweisung des Patienten auf die Packungsbeilage den "Einbeziehungs-voraussetzungen" des § 2 AGBG in seiner teleologischen Reduktion nicht genügen kann.

280) Nicola/Werner, Dilemma ohne Ende: Das Problem der Beipackzettel, Deutsches Ärzteblatt 1982, 75;

Zum Problem der Unverständlichkeit der Beipackzettel s. auch den Artikel "Fachchinesisch auf Beipackzetteln. Auch Patienten sollen Hinweise verstehen können", Beilage der Süddeutschen Zeitung Nr. 248 "Deutscher Apothekentag" zur Ausgabe vom 25.10.1984: "Folge dieses Nichtverstehens und der minutiösen Aufzählung aller möglichen (auch sehr seltenen) unerwünschten Wirkungen sowie der meisten zahlreichen Gegenanzeigen ist eine tiefgreifende Verunsicherung des Patienten und nicht selten die Verweigerung der Arzneimittelanwendung".

281) Ohne Verfasser, Münch.Med.Wschr. 1980/2,31

D Zusammenfassung zur Überprüfung der Wirksamkeit ärztlicher Aufklärungsformulare anhand des AGB-Gesetzes

1. Analoge Anwendung des AGBG auf ärztliche Aufklärungsformulare

Eine unmittelbare Anwendung des AGBG auf die formularmäßige Patienteneinwilligung scheidet aus, da die Aufklärung empirische Wissensmitteilung und in Gefolg die Einwilligung nur die rein tatsächliche Gestattung zur Vornahme des Heileingriffs ist. Der Patienteneinwilligung fehlt es sowohl an der Zweiseitigkeit wie auch am Merkmal der rechtsgeschäftlichen Erklärung (vgl. hierzu C 1.2.).

Es ist jedoch gerechtfertigt, auf die formularmäßige Patienteneinwilligung das AGBG analog anzuwenden. Denn das gesetzgeberische Anliegen -wenn auch nicht notwendig das ausschließliche- ist der Schutz des intellektuell, wirtschaftlich oder organisatorisch unterlegenen Vertragspartners des Verwenders. Diese Situation besteht im Verhältnis Arzt - Patient, da letzterer aufgrund des ärztlichen Informationsvorsprunges dem Arzt unterlegen ist (vgl. hierzu C 1.3.).

"Verwender" im Sinne des § 1 AGBG ist der Arzt. Beim Privatpatienten gilt dies für sämtliche Behandlungsvertragstypen, mit Ausnahme des totalen Krankenhausaufnahmevertrages, bei dem "Verwender" ausschließlich der Krankenhausträger ist, der Arzt lediglich der begünstigte Dritte (vgl. hierzu C 1.5.1.2.1.).

Im Verhältnis Kassenpatient - Kassenarzt ergibt sich die Verwender-Eigenschaft des Arztes aus dem zwischen ihm und dem Kassenpatienten bestehenden gesetzlichen "Haftungsverhältnisses".

Hier soll das Aufklärungsformular dazu dienen, daß dieses "Haftungsverhältnis" gem. § 368 d Abs.4 RVO gar nicht zur Entstehung kommt (vgl. hierzu C 1.5.1.2.2.).

Die andere Vertragspartei ist stets der Privatpatient bzw. der Kas-

senpatient (vgl. hierzu C 1.5.2.).

2. Einbeziehungsvoraussetzungen in den Vertrag

Auf Grund einer teleologischer Auslegung der Einbeziehungsvoraussetzungen des § 2 AGBG für die formularmäßige Patienteneinwilligung ergibt sich, daß die ärztlichen Aufklärungsformulare dem Patienten spätestens zu dem Zeitpunkt zur Kenntnisnahme gereicht werden müssen, in dem ihm noch eine realistische Möglichkeit der Umkehr verbleibt. Dies bedeutet, daß die Aufklärung zu einem Zeitpunkt erfolgen muß, in dem der Patient noch die tatsächliche Möglichkeit hat, das Für und Wider der Behandlung abzuwägen (vgl. hierzu C 2).

3. Zulässigkeit einer Inhaltskontrolle ärztlicher Aufklärungsformulare.

Das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient wird durch zwei Stufen geprägt, nämlich durch die Aufklärung als die erste Stufe und die Durchführung der Heilbehandlung als die zweite Stufe. Beim Privatpatienten ist die Aufklärungspflicht des Arztes als ausschließlicher Vertragsinhalt der ersten Stufe als Hauptleistungspflicht einzuordnen und als solche von der Inhaltskontrolle nach den §§ 8 ff AGBG auszunehmen.

Auch für den Kassenarzt stellt die Aufklärungspflicht in der ersten Stufe eine Hauptleistungspflicht dar. Denn ohne Durchführung der Aufklärung wandelt sich das "Haftungsverhältnis". -sofern ein Schaden und Verschulden des Arztes vorliegt- in ein "Schadensersatzverhältnis", da die ohne Aufklärung durchgeführte Heilbehandlung mangels wirksamer Einwilligung stets tatbestandsmäßig und rechtswidrig ist. Ärztliche Aufklärungsformulare enthalten "ergänzende Regelungen" im Sinne des § 8 AGBG über die Beweislast und unterliegen insoweit

der Inhaltskontrolle. Denn den Aufklärungsformularen kommt insoweit rechtlicher Regelungsgehalt zu, als sie den Ärzten im Haftungsprozess als Beweismittel dafür dienen sollen, daß der Patient in die Behandlung eingewilligt habe und die vorausgesetzte Aufklärung erfolgt ist.

Die formularmäßige Bestätigung der erfolgten Aufklärung ist nach § 11 Nr. 15 b AGBG unwirksam, da dem Patienten der Gegenbeweis obliegt, daß eine Aufklärung in dem im Aufklärungsformular genannten Umfang nicht erfolgt ist; damit wird eine Beweislaständerung herbeigeführt. Aufgrund der Unwirksamkeit nach § 11 Nr. 15 b AGBG darf die formularmäßige Bestätigung der erfolgten Aufklärung vom Richter auch nicht als Beweisanzeichen für eine erfolgte Aufklärung herangezogen werden.

Dies bedeutet zugleich, daß sich der Arzt auch nicht auf die Beweisvermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Aufklärungsformular-Urkunde berufen kann und der Patient andererseits das Vorliegen einer "Individualabrede", d.h. einer mündlichen Aufklärung, nicht beweisen muß (vgl. hierzu C 3.).

4. Arzneimittelaufklärung

Verweist der Arzt den Patienten auf die Packungsbeilage als Formularaufklärung des Arzneimittelherstellers, so macht er sich diese zu eigen. Aufgrund der jedenfalls gegenüber dem Patienten bestehenden intellektuellen Überlegenheit des Arztes rechtfertigt sich auch im Bereich des Arzneimittelrechts eine analoge Anwendung des AGBG auf die Patienteneinwilligung.

Durch die Verweisung auf die Packungsbeilage wird der Arzt zum Verwender. Den "Einbeziehungs Voraussetzungen" des § 2 AGBG in seiner teleologischen Reduktion genügt der Arzt mit der Verweisung des Patienten auf die Packungsbeilage jedoch nicht. Denn mangels eigenen Verständnisses besteht eine, dem Selbstbestimmungsrecht gerecht werdende Abwägungs- und Umkehrmöglichkeit für den Patienten nicht (vgl. hierzu C 4.).

E Resumee

Nach der Rechtsprechung muß der Arzt den Patienten umfassend aufklären. Für die Aufklärung wie auch für deren Umfang trägt der Arzt die Darlegungs- und Beweislast. Hierzu kann er sich nicht auf eine Formularaufklärung berufen. Dieser kommt nicht einmal die Funktion eines Beweisanzeichens zu.

In einem Arzthaftungsprozess - gestützt auf die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht - kann der Arzt somit einer Verurteilung nur dann entgehen, wenn er beweisen kann, daß eine Aufklärung tatsächlich erfolgt ist. Dieser Nachweis kann dem Arzt nur dann gelingen, wenn er den Patienten vor Zeugen mündlich aufgeklärt hat.

Mit dem damit verbundenen Zeitaufwand werden sich die Ärzte in der Praxis einstellen müssen. Die Aufklärung hat in einer für den Patienten verständlichen Weise zu erfolgen. Zu dem Aufklärungsgespräch muß der Arzt zur Beweissicherung Zeugen heranziehen, die zweckmäßigerweise den Inhalt des Aufklärungsgesprächs mitskizzieren. Dadurch kann das Problem späterer "Erinnerungslücken" der Zeugen im Arzthaftungsprozess vermieden werden.

Für das Krankenhauswesen bedeuten die vorgefundenen Ergebnisse, daß der Krankenhausträger dem im Angestellten- bzw. Beamtenverhältnis tätigen Arzt gegenüber aufgrund der arbeitsrechtlichen bzw. beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht verpflichtet ist, dem Arzt im Rahmen der Dienstenteilung genügend Zeit für die erforderlichen Aufklärungsgespräche zur Verfügung zu stellen. Ist dies bedingt durch etwaige Personallücken nicht möglich, so wird der Arzt im Falle seiner erfolgreichen Inanspruchnahme im Rahmen eines Arzthaftungsprozesses zu überprüfen haben, ob nicht Regressansprüche gegen den Krankenhausträger wegen Verletzung der arbeitsvertraglichen bzw. beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht zu erheben sind.

A n h a n g

Richtlinien 1984 zur Aufklärung der Krankenhauspatienten über
vorgesehene ärztliche Maßnahmen

I.

Vorbemerkung

(Inhalt der Richtlinien)

Nach ständiger Rechtsprechung wird jeder ärztliche Eingriff in die körperliche Unversehrtheit als tatbestandsmäßige Körperverletzung angesehen. Er ist grundsätzlich nur dann rechtmäßig, wenn der Patient über den Eingriff aufgeklärt worden ist, nach erfolgter Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hat und der Eingriff fachgerecht durchgeführt worden ist. Einer Einwilligung bedarf es nicht, wenn der Eingriff zur Abwendung einer drohenden Gefahr für den Patienten sofort durchgeführt werden muß und eine vorherige Einwilligung wegen der körperlichen oder geistigen Verfassung des Patienten nicht zu erlangen war.

Als Voraussetzung für eine rechtswirksame Einwilligung ist der Patient - soweit er nicht darauf verzichtet - über Ziel, Tragweite, Notwendigkeit und Dringlichkeit, Art und Verlauf einer ärztlichen Untersuchungs- oder Behandlungsmaßnahme sowie damit verbundener Risiken aufzuklären.

Der Patient muß einerseits Kenntnis seiner Erkrankung und ihrer Gefahren, andererseits Kenntnis der Behandlung und ihrer unvermeidbaren Folgen haben, um sachgemäß abwägen und sich entscheiden zu können.

Da das Aufklärungsgespräch und die Einwilligung des Patienten von rechtserheblicher Bedeutung sind, ist insoweit eine Dokumentation unverzichtbar.

Jeder Krankenhausträger hat dafür Sorge zu tragen, daß die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Aufklärung der

Patienten vor der Durchführung ärztlicher Untersuchungs- oder Behandlungsmaßnahmen beachtet werden. Jeder Arzt muß sein Aufklärungsgespräch an den Anforderungen dieser Rechtsprechung ausrichten.

Im folgenden Abschnitt II sind deswegen diese Anforderungen der Rechtsprechung in den wesentlichen Grundzügen in Form von Leitsätzen zusammengefaßt. Die diesen beiden Leitsätzen zugrunde liegende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und -soweit einschlägige Urteile des BGH nicht vorliegen- der Oberlandesgerichte sind auszugsweise im Abschnitt IV als Hilfestellung für den Arzt zur Durchführung des Aufklärungsgesprächs im Einzelfall zusammengefaßt. Abschnitt III enthält eine Aufzählung organisatorischer Maßnahmen, die zur Sicherstellung einer ausreichenden Aufklärung von Patienten im Krankenhaus vor der Durchführung ärztlicher Untersuchungs- und Behandlungsmaßnahmen erforderlich sind.

Die "Sicherungsaufklärung" (Aufklärung nach einer ärztlichen Untersuchungs- und Behandlungsmaßnahme zur Gewährleistung des Behandlungserfolges bzw. der Vermeidung von Gesundheitsschäden) und die "Diagnoseaufklärung" (Aufklärung des Patienten über Art und Schwere seines Leidens unabhängig von der Einwilligung in einen diagnostischen oder therapeutischen Eingriff) sind nicht Gegenstand dieser Richtlinie. Das gleiche gilt für die Besonderheiten der Aufklärung im Rahmen einer Zwangsbehandlung (insbesondere bei Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt).

II.

Leitsätze zum Aufklärungsgespräch:

1. Das Aufklärungsgespräch muß durch einen Arzt erfolgen; es darf nicht an nichtärztliches Dienstpersonal delegiert werden. Der Arzt, der eine ärztliche Untersuchungs- oder Behandlungsmaßnahme durchführt, muß nicht mehr aufklären, wenn diese Aufklärung bereits durch einen anderen Arzt erfolgt ist; er muß sich jedoch hierüber Klarheit verschaffen.

2. Die Aufklärung muß individuell in einem Gespräch mit dem Patienten erfolgen. Das Aufklärungsgespräch kann nicht durch Formulare ersetzt werden. Formulare dienen nur der Vorbereitung und der Dokumentation des erfolgten Gesprächs.
3. Der Arzt muß den Patienten über die Grundzüge der vorgesehenen Untersuchung oder Behandlung aufklären, nicht jedoch über alle Einzelheiten. Dabei sind die Anforderungen an den Umfang der Aufklärung abhängig von der Dringlichkeit des Eingriffs sowie vom Bildungs- und Wissensstand des Patienten.
4. Über Risiken, die mit der Eigenart eines Eingriffs spezifisch verbunden sind (typische Risiken) ist unabhängig von der Komplikationsrate aufzuklären; bei anderen Risiken (atypische Risiken) ist die Aufklärung abhängig von der Komplikationsrate.
5. Stehen mehrere wissenschaftlich anerkannte Methoden ernsthaft zur Erwägung, so muß die Aufklärung auch diese alternativen Untersuchungs- und Behandlungsmöglichkeiten sowie deren Risiken umfassen.
6. Die Aufklärung muß zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem der Patient noch in vollem Besitz seiner Erkenntnis- und Entscheidungsfähigkeit ist; ihm muß eine Überlegungsfrist verbleiben, sofern die Dringlichkeit der Maßnahmen dies zuläßt.
7. Die Aufklärung muß in einer für den Patienten behutsamen und verständlichen Weise erfolgen. Im persönlichen Gespräch soll der Arzt sich bemühen, die Information dem individuellen Auffassungsvermögen sowie dem Wissensstand des Patienten anzupassen und sich zugleich davon überzeugen, daß dieser sie versteht.

Wenn die Einwilligung des Patienten in eine mit Gefahren verbundene Untersuchungs- oder Behandlungsmaßnahme nur dadurch zu erreichen ist, daß ihn der Arzt auf die Art und Bedeutung seiner Erkrankung hinweist, so darf der Arzt auch bei schweren Erkrankungen davor grundsätzlich nicht zurückschrecken. Im übrigen ist er jedoch nicht zu einer restlosen und schonungslosen Aufklärung über die Natur des Leidens verpflichtet,

sondern muß die Gebote der Menschlichkeit beachten und das körperliche und seelische Befinden seines Patienten bei der Erteilung seiner Auskünfte berücksichtigen.

8. Die von einem Patienten aufgrund der Aufklärung gegebene Einwilligung deckt nur solche Eingriffe ab, die Gegenstand des Aufklärungsgesprächs gewesen sind. Ist für den Arzt vorhersehbar, daß möglicherweise ein operativer Eingriff auf weitere Bereiche ausgedehnt werden muß, so ist der Patient hierüber vor dem Eingriff aufzuklären.

Stellt sich erst während einer Operation heraus, daß ein weitergehender Eingriff erforderlich ist, muß der Arzt die Risiken einer Unterbrechung der Operation gegenüber den Risiken der Durchführung des erweiterten Eingriffs abwägen und danach seine Entscheidung über eine Operationsunterbrechung zum Zwecke der Einholung der Einwilligung des Patienten treffen.

9. Bei Minderjährigen ist die Einwilligung zum Eingriff im Regelfall von den Eltern oder sonstigen Sorgeberechtigten oder von deren Beauftragten einzuholen.

Jugendliche unter 18 Jahren haben jedoch ausnahmsweise die Befugnis zur Einwilligung, wenn sie hinreichend reif sind, die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen *).

In jedem Fall sind aber auch die Kinder und Jugendlichen in groben Zügen über den vorgesehenen Eingriff und dessen Verlauf zu informieren, wenn und soweit sie in der Lage sind, die ärztlichen Maßnahmen zu verstehen.

Entsprechendes gilt für die Aufklärung bei geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen volljährigen Patienten.

*) Einwilligungsfähigkeit ist nicht gleichzusetzen mit Geschäftsfähigkeit im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches.

10. Psychisch bzw. geistig Kranke sind in groben Zügen über den vorgesehenen Eingriff und dessen Verlauf zu informieren, wenn und soweit sie in der Lage sind, die Bedeutung und Tragweite zu verstehen.
11. Bei bewußtlosen Patienten hat der Arzt diejenigen medizinischen Maßnahmen durchzuführen, die im Interesse des Patienten zur Herstellung seiner Gesundheit erforderlich sind (mutmaßliche Einwilligung). Zur Erforschung des wirklichen oder mutmaßlichen Willens des Patienten, kann sich ein Gespräch mit den ihm besonders nahestehenden Personen empfehlen; auch schriftlich vom Patienten abgegebene Erklärungen können ein Indiz für seinen mutmaßlichen Willen sein. Bei Suizidpatienten ist aus dem Suizidversuch kein mutmaßlicher Wille auf Unterlassen einer ärztlichen Hilfeleistung abzuleiten. Sobald und soweit die Einwilligungsfähigkeit des Patienten wieder vorliegt, ist zur Fortsetzung der Behandlung seine Einwilligung einzuholen.
12. Gibt der Patient deutlich zu erkennen, daß er eine Aufklärung nicht wünscht (Aufklärungsverzicht), so kann diese unterbleiben.

III.

Organisatorische Maßnahmen:

1. Der ärztliche Leiter ist dem Krankenhausträger gegenüber verantwortlich, daß in Zusammenarbeit mit den leitenden Ärzten des Krankenhauses sichergestellt wird, daß alle im Krankenhaus tätigen Ärzte über die ihnen im Zusammenhang mit der Aufklärung auferlegten Pflichten entsprechend diesen Richtlinien unterrichtet sind.
2. Der ärztliche Leiter hat zusammen mit den leitenden Ärzten der Krankenhausabteilung (Chefärzte und Belegärzte) festzulegen, in welcher Abteilung die Aufklärung über Untersuchungs- und Behandlungsmaßnahmen durchzuführen ist, wenn sich ein Pa-

tient gleichzeitig oder nacheinander in der Behandlung mehrerer Abteilungen befindet, sofern nicht ohnehin in jedem Fach eine Aufklärung erfolgen muß.

3. Jeder leitende Abteilungsarzt hat für seine Abteilung die ordnungsgemäße Durchführung der Aufklärung sicherzustellen, insbesondere festzulegen, welcher Arzt die Aufklärung durchzuführen hat. Dabei ist darauf zu achten, daß auch vor einzelnen mit zusätzlichen Gefahren verbundenen Eingriffen eine Aufklärung zu erfolgen hat, wenn sie nicht bereits Gegenstand eines früheren Aufklärungsgesprächs gewesen sind; dies gilt auch für diagnostische Eingriffe.
4. Unabhängig von den Ziffern 2 und 3 hat sich jeder Arzt, der nicht selbst aufklärt, davon zu überzeugen, daß eine ordnungsgemäße Aufklärung stattgefunden hat.
5. Der leitende Abteilungsarzt hat sicherzustellen, daß die Tatsache der Aufklärung und der wesentliche Inhalt des Aufklärungsgesprächs ordnungsgemäß dokumentiert sind. Die Aufklärung muß in der Krankengeschichte vermerkt werden. Der Patient soll in einer schriftlichen Einwilligungserklärung durch Unterschrift die erfolgte Aufklärung, einen eventuellen Aufklärungsverzicht und den wesentlichen Inhalt der Aufklärung bestätigen. In dem Nachweis sind zusammenfassend der Zeitpunkt und alle wesentlichen Punkte des Aufklärungsgesprächs zu verzeichnen.

Die Richtlinien sind abgedruckt in der Fachzeitschrift "das Krankenhaus" 4/1985, S. 153

Literaturverzeichnis:

- Ahlgrimm, E.D.: Risiken der Selbstmedikation, Beilage der Süddeutschen Zeitung Nr. 238 "Deutscher Apothekentag" zur Ausgabe vom 25.10.84, S.51
- Baumann, H.: Arzthaftung und Versicherung, JZ 1983, 169
- Bockelmann, P.: Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1961, 945
- Bodenburg, R.: Entzerrung der ärztlichen Aufklärungspflicht: Grundaufklärung und Einschätzungsprärogative, NJW 1981, 601
- Bohne: Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 29.2.1932 - 2 d 57/32, JW 1933, 2062
- Bowitz, H.-H.: Zum Ermessen des Arztes innerhalb der ihm obliegenden Aufklärungspflicht, Med.Klinik 1978, 329
- Brandner, H.-E.: Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 162 (1962), 237
- Bunte, H.: Gedanken zum Krankenhausvertrag - de lege lata - de lege ferenda, JZ 1982, 279
- Damm, R.: Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privatrechtssystem, JZ 1978, 173
- Deutsch, E.: Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antizipierte Einwilligung des Patienten, NJW 1979, 1905
- Deutsch, E.: Neue Aufklärungsprobleme im Arztrecht, NJW 1982, 2585
- Deutsch, E.: Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes, VersR 1981, 293
- Deutsch, E./Geiger, M.: Empfiehlt sich eine besondere Regelung der zivilrechtlichen Beziehung zwischen dem Patienten und dem Arzt im BGB? in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981, Bd. II, S. 1049
- Dietlein, M.: Kreditsicherung der Banken und das neue AGBG, JZ 1977, 637
- Dietlein, M.-J./Rebmann, E.: AGB aktuell, Erläuterungen zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbeding-

ungen, 1976

- Eberhardt, D.: Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), 289
- Ennercerus/Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1978
- Esser/Schmidt: Schuldrecht Bd. I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1984
- v. Falkenhausen, K.: Zur Auslegung des AGB-Gesetzes, BB 1977, 1124
- Geilen, G.: Rechtsfragen der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: Die juristische Problematik in der Medizin, Hrsg. Meryen, Bd. II, 1971, S. 11 ff
- Giesen, D.: Grundzüge der zivilrechtlichen Arzthaftung, Jura 1981, 10
- Giesen, D.: Wandlungen des Arzthaftungsrechts, 1983
- Giesen, D.: Arzthaftungsrecht im Umbruch (II). Die ärztliche Aufklärungspflicht in der Rechtsprechung seit 1974, JZ 1982, 391
- Grünwald, G.: Die Aufklärungspflicht des Arztes, ZStW Bd. 73 (1961), S.5
- Günter, H.-H.: Sorgfaltspflichten bei Neuentwicklung und Vertrieb pharmazeutischer Präparate, NJW 1972, 309
- Heinrichs, H.: Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 1505
- Hensen, H.-D.: Das AGB-Gesetz, JA 1981, 133
- Herold, G.: Zur Frage der ärztlichen Sorgfaltspflicht: Wenn der Arzt oder Zahnarzt dem Patienten eine Arznei mit allergischen Nebenwirkungen verabreicht, Med.Klinik 1963, 884
- Hippokrates: Die Werke des Hippokrates. Die hippokratische Schriftensammlung in neuerer deutscher Übersetzung, hrsg. von Richard Kapferer, 1934
- Hollmann, A.: Das ärztliche Gespräch mit dem Patienten - Aufklärungs- und Wahrheitspflicht, NJW 1973, 1393
- Hollmann, A.: Formularmäßige Erklärung über die Entbindung von der Schweigepflicht gegenüber Versicherungsunternehmen, NJW 1978, 2332
- Jacob, W.: Standardisierte Patientenaufklärung bei ärztlichen Heileingriffen, Jura 1982, 529
- Jaeger, W.: "Stellen" und "Aushandeln" vorformulierter Vertrags-

- bedingungen, NJW 1979, 1569
- Kern, B.-R./Laufs, A.: Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983
- Kleinewefers, H./Wilts, W.: Die vertragliche Haftung bei gespaltenem Arzt-Krankenhaus-Vertrag, NJW 1965, 332
- Koch, E./Stübing, J.: Allgemeine Geschäftsbedingungen, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1977
- Kohlhaas, M.: Ärztliche Pflichten bei Verabreichung neuer Arzneimittel, Münch.Med.Wschr. 1964, 2281
- Kuhnert, C.: Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes, 1982
- Künnell, Die Ersatzansprüche beim Vorliegen eines ärztlichen Kunstfehlers, VersR 1980, 502
- Larenz, K.: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975
- Larenz, K.: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2 Besonderer Teil, 12. Aufl. 1981
- Larenz, K.: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 1979
- Laufs, A.: Arztrecht, 2. Aufl. 1978
- Lieb, M.: Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 1978 (1978) S. 196
- Lindacher, W.: Kenntnisnahmemöglichkeit und Kenntnisnahmeobliegenheit bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1981, 131
- Löwe, W./Graf v. Westphalen, F./ Trinkner, R.: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1977
- Mähler, G.: Heilauftrag und ärztliche Aufklärungspflicht, Münch.Med.Wschr. 1965, 680
- Mann, F./Pfeiffer, W.-M.: Analyse ärztlicher Aufklärungsgespräche vor Operationen, Münch.Med.Wschr. 1981, 398
- Münchener Kommentar zum BGB, 1980
- Musiak, H.-J.: Haftung für Narkoseschäden - BGH NJW 1975, 2245, JuS 1977, 87
- Nicklisch, F.: Zum Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, BB 1974, 941
- Nicola, H./Werner, H.-P.: Dilemma ohne Ende: Das Problem der Bei-

- packzettel, Deutsches Ärzteblatt 1982, 75
- Niebling, J.: Ärztliche Formularaufklärung und AGB-Gesetz, MDR 1982, 193
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 43. Aufl. 1984
- Rieger, H.-J.: Aufklärungspflicht bei der Strahlenbehandlung Krebskranker, Anmerkung zum Urteil des OLG Celle v. 15.6.1981 - 1 U 34/80, Deut.Med.Wschr. 1982, 1487
- Rudolphi, H.-J.: Anmerkung zum Urteil des Hams OLG Hamburg vom 19.11.1974 - 2 Ss 123/74 - JR 1975, 511, JR 1975, 512
- Schaefer, F.: Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz bei allgemeinen Versicherungsbedingungen (zugleich Anmerkung zu LG Frankfurt/M. vom 11.10.1976, VersR 1977, 351 und zu LG München I vom 11.2.1977 VersR 77, 711), VersR 1978, 4
- Schippel, H./Brambring, G.: AGB-Gesetz und notariell beurkundete Formularverträge, DNotZ 1977, 131
- Schlosser, P./Coester-Waltjen, D./Graba, H.-U.: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1977
- Schlund, G.-H.: Die ärztliche Aufklärungspflicht im Spannungsfeld der Gerichte und Ärzteschaft, VersR 1977, 496
- Schmidt-Salzer, J.: Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. Aufl. 1977
- Schönke, A./Schröder, H.: Strafgesetzbuch, 20. Aufl. 1980
- Schütte, H.: Die Schweigepflichtentbindung in Versicherungsanträgen, NJW 1979, 592
- Soergel/Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Aufl. 1978
- Staudinger, Kommentar zum BGB, 1980
- Stein, G.: Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen Privatrechts - Zum Spannungsverhältnis der Kontrollverfahren aufgrund des AGB-Gesetzes und § 242 BGB
- Steindorff, E.: Zur Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber Krebskranken, JZ 1960, 139
- Stübing, J.: Tatsachenbestätigungen und Fiktionen im AGB, NJW 1978, 1606 ff
- Trockel, H.: Das Recht des Arztes zur Heilbehandlung unter Ent-

- wicklung und Erprobung neuer Heilmethoden, NJW 1979, 2329
- Trube/Becker, E.: Haftung des Arztes bei der Verordnung neuer Medikamente, Med.Klinik 1967, 156
- Uhlenbruck, W.: Die rechtlichen Auswirkungen der neuen Bundespflegegesetzverordnung auf den Krankenhausaufnahmevertrag, NJW 1973, 1399
- Uhlenbruck, W.: Typische Formen des Krankenhaus-Aufnahmevertrages, NJW 1964, 431
- Uhlenbruck, W.: Haftungsfragen bei fehlerhafter Anwendung von Arzneimitteln, Med.Klinik 1974, 445
- Ulmer, P.: AGB-Gesetz und einseitig gesetzte Gemeinschaftsordnungen von Wohnungseigentümern, in: Festschrift für Weitnauer, 1980, S. 205
- Ulmer, P./Brandner, H.-E./Hensen, H.-D.: AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1978
- Wachsmuth, W.: Anmerkung zum Urteil des OLG Celle vom 10.7.1978 - 1 U 40/77, NJW 1979, 1253
- Weick, G.: Die Idee des Leitbildes und die Typisierung im gegenwärtigen Vertragsrecht, NJW 1978, 14
- Weißauer, W.: Die Problematik der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: Der Arzt im Krankenhaus, Sonderdruck aus Heft 5/DB 1980
- Weißauer, W.: Der prozessuale Umweg über die Aufklärungspflicht und die Stufenaufklärung, Klinikarzt 1985, 748
- Weitnauer, H.: Fragen der Verantwortlichkeit des Arztes in zivilrechtlicher Sicht, DB 1961, Beilage Nr. 21
- Weyers, H.-L.: Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags- (Standes-) und Haftungsrecht einzuführen?, Gutachten zum 52. Deutschen Juristentag 1978
- Wolf, M.: Individualvereinbarungen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977, 1937
- Wolf, M./Horn, N./Lindacher, W.: AGB-Gesetz, Kommentar, 1984
- Wolf, M.: Gesetz und Richterrecht bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1974, 465

Lebenslauf

Name: Jörg Pfof

Geburtsdatum: 8. Januar 1958

Geburtsort: Bruchsal

Eltern: Karl Jörg Pfof, Diplom-Agraringenieur, geboren
7. Januar 1928, gestorben 7. August 1979;
Waltraud Mechtild Pfof, geborene Stockmann,
geboren 14. Dezember 1921.

Wohnort: Kaltenbrunn Haus Nr. 21, 8100 Garmisch-Partenkir-
chen

Schule: 1965 bis Herbst 1968 Volksschule Beltgens Garten
in Hamburg; Herbst 1968 bis Juli 1977 humanisti-
sches Maximilians-Gymnasium München mit Ablegung
des Abiturs.

Bundeswehr: 1. Juli 1977 bis 31. September 1978; Ausbildung
zum Unteroffizier.

Studium: Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwig-
Maximilians-Universität München 1978 - 1983 ;
Ablegung des Ersten Juristischen Staatsexamens
am 11. Januar 1983 mit der Prüfungsgesamtnote
"gut".

Referendarzeit: Ernennung zum Rechtsreferendar am 28. Februar
1983; Ableistung der Referendarszeit im OLG-Bezirk
München ; Ablegung des Zweiten Juristischen Staats-
examens am 11. März 1986 mit der Note "vollbe-
friedigend.

Wissenschaftliche

Nebentätigkeit:

Wissenschaftliche Mitarbeit am Institut für
Bürgerliches Recht und Zivilprozeßrecht vom
1. April 1983 bis 31. Dezember 1983.

Berufsausübung:

Seit 8. April 1986 Tätigkeit als Rechtsanwalt.

